
SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG·
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



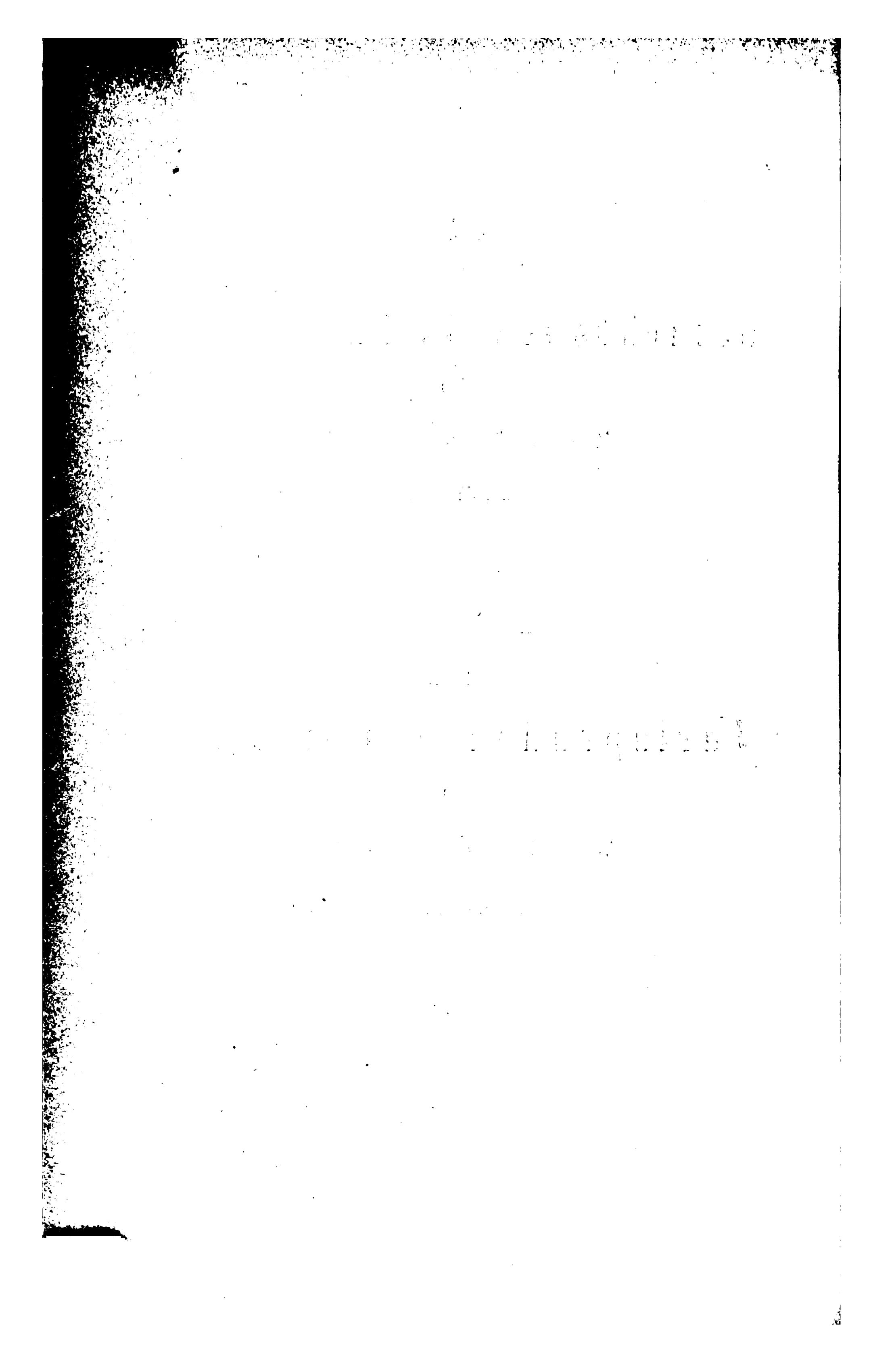
Revue
der
Gerichtspraxis im Gebiete
des
Bundescivilrechts

XXVI. Band

Revue
de la
Jurisprudence en matière
de
droit civil fédéral

XXVIe Volume

Basel
Verlag von Helbing & Lichtenhahn
(vorm. Reich-Detloff)
1908.



Revue

der

Gerichtspraxis im Gebiete

des

Bundescivilrechts

XXVI. Band

Revue

de la

Jurisprudence en matière

de

droit civil fédéral

XXVIe Volume

Beilage zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht Neue Folge Band XXVII

Basel
Verlag von Helbing & Lichtenhahn
(vorm. Reich-Detloff)
1908.

A. Grundsätzliche Entscheide des Bundesgerichts.

---

1. *Berufung an das Bundesgericht, Zulässigkeit: Anwendung oder Anwendbarkeit eidgenössischen Rechtes. Art. 56 B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893. Die Frage der Kompetenzausscheidung zwischen dem ordentlichen Richter und dem Vollstreckungsrichter untersteht dem kantonalen Rechte; gegen einen Entscheid, der auf ein Begehren wegen Unzuständigkeit des ordentlichen Richters nicht eintritt, ist Berufung unzulässig.*

G. hatte gegen W. Klage mit folgendem Rechtsbegehren erhoben: „Ist dem Beklagten unter den nach Zürcher Prozessordnung zulässigen Androhungen anzubefehlen, zwei Jahre vom 1. April 1907 an in Zürich und Umgebung weder für eigene Rechnung, noch für Rechnung anderer ein Geschäft in Milch und Milchprodukten, oder einzelne Zweige eines solchen zu betreiben, noch in ein Konkurrenzgeschäft einzutreten?" Hierüber erkannte erstinstanzlich das Bezirksgericht Zürich:

Dem Beklagten ist untersagt, vor dem 1. April 1909 in Zürich oder Umgebung für eigene Rechnung oder für Rechnung Dritter ein Geschäft in Milch und Milchprodukten oder einzelne Zweige eines solchen zu betreiben oder in einem Konkurrenzgeschäfte tätig zu sein. — Die weiteren Begehren des Klägers werden wegen Inkompetenz des hierseitigen Gerichts von der Hand gewiesen.

Auf Appellation des Klägers hin fällte das Obergericht des Kantons Zürich, I. Appellationskammer, folgendes Urteil:

1. Dem Beklagten ist untersagt, vor dem 1. April 1909 in Zürich und Umgebung für eigene Rechnung oder für Rechnung Dritter ein Geschäft in Milch und Milchprodukten oder einzelne Zweige eines solchen zu betreiben oder in einem Konkurrenzgeschäfte tätig zu sein.

2. Auf die weiteren Begehren des Klägers wird nicht eingetreten.

Dieses Urteil war folgendermassen motiviert: Da der Beklagte den erstinstanzlichen Entscheid nicht angefochten habe, sei nur noch streitig, ob dem Beklagten die Befolgung

des Konkurrenzverbotes unter denjenigen Androhungen, welche in der Zürcher Prozessordnung vorgesehen seien, anzubefehlen sei. Dies sei aber eine Frage des Vollstreckungsrechtes, welche als solche nach §§ 741 ff. des Zürcher Rechtspflegegesetzes nicht dem Richter im ordentlichen Verfahren, sondern dem Richter im summarischen Verfahren zugewiesen sei. Allerdings gebe es Fälle, in denen der Richter im ordentlichen Verfahren über Fragen entscheiden könne, die sonst dem Richter im summarischen Verfahren zugewiesen seien; ein solcher Ausnahmefall liege aber hier nicht vor. Daher könne auf das Begehren des Klägers, soweit es sich auf die gegen den Beklagten zu erlassenden Androhungen beziehe, nicht eingetreten werden.

Gegen dieses Urteil erklärte der Kläger die Berufung an das Bundesgericht mit den Anträgen:

I. Es sei die Klage im ganzen Umfange zu schützen; also in Dispositiv 1 seien auch die Worte: „Unter den nach Zürcher Prozessordnung zulässigen Androhungen" aufzunehmen.

II. Eventuell sei im Dispositiv in anderer unmissverständlicher Weise festzustellen, dass sich der Erfüllungsanspruch des Klägers bei Erfüllungsverweigerung durch den Beklagten nicht restlos in einen Schadenersatzanspruch auflöse, dass also Art. 110 ff. OR die Anwendung kantonaler Erfüllungszwangsmittel nicht implicite verbiete.

Das Bundesgericht ist auf die Berufung nicht eingetreten, in Erwägung:

1. dass nach Art. 56 OG die Berufung an das Bundesgericht nur in Bezug auf solche Streitpunkte ergriffen werden kann, welche von den kantonalen Gerichten unter Anwendung eidgenössischer Gesetze entschieden worden sind oder nach solchen Gesetzen zu entscheiden waren und bezüglich derer daher eine Verletzung eidgenössischen Rechtes im Sinne von Art. 57 OG in Frage kommen kann;

2. dass nun aber im vorliegenden Falle das kantonale Urteil, soweit es überhaupt angefochten ist, ausschliesslich auf der Anwendung kantonaler Gesetzesbestimmungen, nämlich der Bestimmungen über die Kompetenzausscheidung zwischen dem ordentlichen und dem Vollstreckungsrichter beruht, indem die Frage, ob eine Androhung, wie sie der Kläger verlangt, mit Art. 110 OR vereinbar sei, vom Obergericht gar nicht entschieden wurde;

3. dass die Frage, in welcher Weise obige Kompetenzausscheidung stattzufinden habe, als prozessrechtliche Frage in der Tat nach kantonalem Rechte zu entscheiden war;

4. dass somit in dem vorliegenden Kompetenzentscheid eidgenössisches Recht weder angewendet worden ist, noch anzuwenden war. wie Art. 56 voraussetzt, und solches also auch nicht, wie Art. 57 voraussetzt, verletzt werden konnte;

5. dass unter diesen Umständen, da ein kantonaler Entscheid über die unter den Parteien streitige Frage (die Frage nämlich, ob gegen den Beklagten die „nach Zürcher Prozessrecht zulässigen Androhungen“ zu erlassen seien) nicht vorliegt und die Weigerung der Vorinstanz, sich hierüber auszusprechen, gegen Bundesrecht nicht verstösst, das Bundesgericht als Berufungsinstanz nicht in der Lage ist, zu untersuchen, ob und inwieweit bei Beurteilung jener Frage eidgenössisches Recht (insbesondere Art. 110 OR) hätte in Betracht kommen können.[1]) (Entsch. vom 18. Oktober 1907 i. S. Gerber c. Waser.)

---

2. *Zulässigkeit der Berufung an das Bundesgericht und Kompetenz des Bundesgerichts als Berufungsinstanz: Civilrechtsstreitigkeit. Art. 56 B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893.*

Ein Prozess über Rückforderung der Handänderungsgebühr etc. ist keine Civilrechtsstreitigkeit. Für die Kompetenz des Bundesgerichts als Berufungsinstanz ist die Natur des Anspruchs massgebend, nicht der Umstand, dass nach kantonalem Rechte der Civilrichter zuständig ist. — Auch die Verjährung regelt sich bei derartigen Ansprüchen nach öffentlich-rechtlichem kantonalem Rechte.

Der Kläger B. belangte den Kanton Genf auf Rückzahlung von Registrierungs- und Handänderungsgebühren, die er anlässlich eines Liegenschaftskaufes zu bezahlen hatte. Er stützte seine Klage auf eine Bestimmung des Genfer Gesetzes vom 26. Oktober 1895, lautend: „Les sommes perçues, à l'avenir, pour droit d'enregistrement et de transcription sur les ventes d'immeubles seront restituées sans intérêts aux propriétaires de ces immeubles ou à leurs ayants-droits, s'ils fournissent la preuve qu'ils en ont démoli les anciennes constructions dans le délai de cinq ans depuis le paiement de ces droits.“ Von den kantonalen Gerichten abgewiesen, u. a. auch wegen Verjährung, wandte sich der Kläger auf dem Wege der Berufung

---

[1]) Es kann für die Unzulässigkeit der Berufung wohl auch dahin argumentiert werden, dass in Disp. 2 des Entscheides — das eigentlich einzig angefochten ist — kein Haupturteil liegt; das ist doch kaum zu bestreiten. Th. W.

an das Bundesgericht. Dieses ist indessen auf die Berufung nicht eingetreten. Gründe:

(2.) Ainsi que le Tribunal fédéral l'a reconnu à maintes reprises déjà, ne doivent être considérées comme „causes civiles“ au sens de l'art. 56 OJF que les contestations qui ont pour objet des prétentions appartenant, de par leur nature juridique, au droit civil (ou privé); et les contestations, en revanche, qui ont rapport à des prétentions de droit public, demeurent exclues de la compétence du Tribunal fédéral comme Cour de droit civil (ou comme instance de réforme) quand bien même, aux termes de la législation cantonale, le jugement s'en trouve avoir été remis aux tribunaux ordinaires de l'ordre civil. Il est donc indifférent, en l'espèce, dans la question de savoir quel est, en réalité, le caractère de l'action exercée par le recourant contre l'Etat de Genève, que la demande ait pu être portée devant les tribunaux genevois et jugée par eux (voir notamment l'arrêt du TF, du 3 février 1888, en la cause Caisse de rentes suisse c. Zurich, RO **14** n° 22, considérant 2, p. 140).

(3.) Le rapport de droit en vertu duquel l'Etat de Genève a, en son temps, perçu, comme un impôt indirect, les droits d'enregistrement et de transcription dont le recourant réclame aujourd'hui la restitution, découlait incontestablement du droit public, et non du droit privé; or, comme la réclamation actuelle du recourant se fonde uniquement sur ce que, par l'effet de la réalisation d'une condition prévue par la législation fiscale (soit par l'art. 1 de la loi du 26 octobre 1895), le droit de l'Etat à percevoir ou conserver la contribution dont s'agit, aurait cessé ou serait tombé, cette réclamation se caractérise, elle aussi, comme une prétention de droit public (voir l'arrêt susrappelé, loc. cit., considérant 4, p. 141, — ou la traduction, en résumé, dans la Revue judiciaire, 1888, p. 330, ou dans le Journal des Tribunaux, 1888, p. 144). La cause, conséquemment, n'est pas de celles à l'égard desquelles, à teneur de l'art. 56 OJF, le recours en réforme est recevable. Le recours doit donc être préjudiciellement écarté pour cause d'incompétence du Tribunal fédéral.

L'on peut remarquer, d'ailleurs, que la présente action n'a aucunement le caractère d'une véritable condictio indebiti, sine causa, ou causa data causa non secuta, au sens des art. 70 et suivants CO; en particulier, il est inexact de prétendre, ainsi que l'a fait le recourant, que, ce dont celui-ci réclame la restitution, ce serait d'une somme que l'Etat aurait reçue en vertu d'une cause qui aurait cessé d'exister, car cette cause,

en vertu de laquelle l'Etat de Genève a perçu la somme de 4200 fr. qui lui est aujourd'hui réclamée, c'est le transfert d'immeuble qui a eu lieu suivant acte du 22 janvier 1898, et cette cause n'a jamais cessé d'exister. L'action en restitution ouverte par le recourant contre l'Etat de Genève repose bien plutôt sur une disposition spéciale du droit public genevois, soit sur l'art. 1 de la loi du 26 octobre 1895 qui, dans le but de favoriser le développement de la ville de Genève, prévoyait que, dans le cas de démolition d'un bâtiment dans les cinq ans dès son acquisition ou, plus exactement, dès le payement des droits d'enregistrement et de transcription, ces droits feraient retour au propriétaire, lequel, par cet appât, devait être poussé à faire disparaitre les vieilles constructions comprises dans son acquisition pour les remplacer par de nouvelles plus hygiéniques ou mieux en rapport avec les exigences de l'esthétique moderne.

Pour de telles actions dont le fondement ne peut être fourni que par les dispositions du droit public, c'est naturellement aussi ce dernier droit qui, seul, peut déterminer les délais de prescription (ou mieux de forclusion). C'est donc à tort que le recourant reproche à l'instance cantonale de n'avoir, sur ce point relatif à l'exception de prescription opposée à la demande par l'intimé, pas fait application des dispositions du CO. (Entsch. vom 13. September 1907 i. S. Baud c. Genève.)

---

3. *Berufung an das Bundesgericht. 1. Zulässigkeit: Streitwert. Art. 59, 60, 63 Abs. 1 Ziff. 1 B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893. — 2. Form der Berufung: Berufungsantrag.*

Die Kläger hatten vor dem gewerblichen Schiedsgerichte den Beklagten auf Bezahlung von entgangenem Salär im Betrage von 1255 Fr. belangt und dabei „Schadensersatz" verlangt, dessen Betrag sie in das richterliche Ermessen stellten. In oberer kantonaler Instanz mit dem grössten Teil dieser Ansprüche abgewiesen, ergriffen sie die Berufung an das Bundesgericht. Ihre Berufungsanträge lauteten:

„Plaise au Tribunal fédéral:

admettre le présent recours;

dire et prononcer que c'est à tort que l'arrêt dont est recours a débouté les mariés Mutrux de leur demande d'indemnité pour renvoi abrupt;

dire et prononcer également que c'est à tort qu'il n'a été pris pour base du calcul des ordres à livrer que les seules affirmations de Brugerolle, affirmations non appuyées par une production de livres de comptabilité;

en conséquence, dire et prononcer que Brugerolle sera tenu de produire ses livres;

dire et prononcer, enfin, que c'est à tort que les instances cantonales n'ont pas tenu compte des bénéfices que les mariés Mutrux auraient vraisemblablement réalisés en trois ans, étant donné qu'ils avaient réussi à en réaliser dans les premiers $9^1/_2$ mois de l'existence de la maison;

en conséquence, réformer et mettre à néant l'arrêt dont est recours;

cela fait: renvoyer la cause devant les premiers juges ou devant les juges d'appel pour être instruit et statué dans le sens des conclusions qui précèdent:

condamner Brugerolle aux dépens, sinon réserver ceux-ci;

tous droits réservés."

Das Bundesgericht ist auf die Berufung nicht eingetreten mit folgender Begründung:

1. Dans leurs dernières conclusions devant la première instance cantonale, les seules dont il y ait lieu de s'occuper dans la question de savoir si la valeur du litige atteint, ou non, le minimum prévu par la loi pour que la cause puisse être portée devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en réforme (art. 59 OJF), les recourants ont, en première ligne, réclamé le paiement d'une somme de 1255 fr. pour salaire arriéré; le chiffre de cette réclamation est, par lui-même, inférieur au minimum légal de 2000 fr., en sorte que, à moins qu'à ce premier chef de conclusions ne viennent s'en ajouter d'autres (art. 60 al. 1 leg. cit.) pour former avec lui un total atteignant la somme de 2000 fr., l'une des conditions nécessaires à la recevabilité du recours se trouvera faire défaut en l'espèce. Or, si les recourants ont bien, dans leurs dernières conclusions, devant le Tribunal des prud'hommes, formulé d'autres réclamations encore que celle qui vient d'être rappelée, de 1255 fr. pour salaire, ils n'ont pas indiqué la valeur qu'ils leur attribuaient; ils se sont bornés à demander au tribunal de condamner le défendeur au paiement d'une somme *indéterminée* tant à titre de dommages-intérêts pour prétendu renvoi abrupt qu'à titre de part aux bénéfices, et à la restitution d'un classeur et d'une copie de lettres privées sans spécifier quelle valeur ces objets pouvaient présenter pour eux. Les demandeurs ont ainsi, quant à ces autres con-

clusions, contrevenu à l'obligation que l'art. 63 al. 1, chiff. 1 OJF leur imposait, s'ils voulaient que la cause fût susceptible de recours en réforme auprès du Tribunal fédéral. Ces autres conclusions ne peuvent donc entrer en ligne de compte pour la détermination de la valeur de l'objet du litige (voir RO **31**, II, n° 101, consid. unique, pag. 782/783).

Dans ces conditions, le recours doit être préjudiciellement écarté comme irrecevable, le litige ne pouvant être considéré comme atteignant le minimum nécessaire pour le faire rentrer dans la compétence du Tribunal fédéral.

L'on peut faire remarquer que, même dans leur déclaration de recours au Tribunal fédéral, les époux Mutrux ont négligé d'indiquer la valeur du litige alors que, aux termes de l'art. 67, al. 3 OJF, ils avaient l'obligation de fournir cette indication à peine d'irrecevabilité de leur recours (RO **23** n° 18).

2. Le recours est irrecevable, en outre, pour une autre raison. En effet, l'art. 67 al. 2 OJF prescrit que la déclaration de recours doit indiquer dans quelle mesure le jugement cantonal est attaqué, et mentionner les modifications demandées. Et cette règle a été constamment interprétée en ce sens qu'il ne suffit pas que la déclaration de recours indique la mesure en laquelle le jugement cantonal est attaqué, mais qu'il faut encore que, par le moyen de *conclusions* permettant au Tribunal fédéral de mettre, le cas échéant, définitivement fin au litige par un arrêt sur le *fond*, le recourant mentionne expressément les modifications qui, suivant lui, doivent être apportées au jugement de l'instance cantonale. Il n'y a d'exception à cette règle que lorsque l'instance cantonale, pour écarter la demande, n'a même pas eu à en aborder l'examen au fond, par l'effet de l'admission d'une exception du défendeur telle que celles tirées de la chose jugée, de la prescription, du défaut de la qualité passive chez la partie défenderesse, etc. (RO **28**, II, n°s 21[1]) et 50; **32**, II, n°s 51 et 55; comp. **31**, II, n° 22, consid. 4, pag. 163; voir aussi arrêt du Tribunal fédéral, du 29 mai 1907, en la cause Ravessoud c. C. G. T. E. et Fournier, consid. 1).

Or, quoique, en l'espèce, l'instance cantonale ait rendu un jugement se prononçant sur le fond même du litige, ou, en d'autres termes, quoique la demande des recourants n'ait pas été écartée par l'instance cantonale en vertu d'une exception préjudicielle, il n'a été pris devant le Tribunal fédéral aucune conclusion qui permettrait à celui-ci de statuer égale-

---

[1]) Diese Revue **20** Nr. 49.

ment sur le fond du procès si l'état du dossier lui paraissait en offrir la possibilité. Pour que le recours fût recevable en l'espèce, ses auteurs auraient dû ou conclure positivement à la condamnation du défendeur au paiement d'une somme déterminée, ou tout au moins déclarer expressément reprendre les conclusions présentées par eux devant les instances cantonales (à supposer ces conclusions conformes à ce qu'exige la loi sur l'organisation judiciaire fédérale pour que le recours soit recevable, au point de vue chiffre), tandis que, dans la déclaration de recours, l'on n'aperçoit rien de semblable. Les recourants se sont bornés à conclure à ce qu'il plût au Tribunal fédéral énoncer un certain nombre de principes ou de directions à l'usage de l'instance cantonale, et ordonner ensuite le renvoi de la cause à cette dernière pour nouveau jugement sur la base de ces principes ou directions. Les recourants ne réclament donc du Tribunal fédéral qu'une sorte de jugement préparatoire qui ne mettrait aucunement fin au litige. (Entsch. vom 13. September 1907 i. S. Mutrux c. Brugerolle.)

---

4. *Berufung an das Bundesgericht. Zulässigkeit: Streitwert. B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 59.*

Verlangt der Kläger eine tägliche Entschädigung vom Tag der Klagerhebung ab, ohne einen bestimmten Endtermin zu nennen, so ist der Streitwert auf den Zeitpunkt von Klage und Antwort vor der ersten Instanz zu berechnen. (Entsch. vom 21. September 1907 i. S. Henggeler c. Schäppi.)

---

5. *I. Zulässigkeit der Berufung, Kompetenz des Bundesgerichts: Klage auf Anerkennung des Bestehens einer einfachen Gesellschaft hinsichtlich einer Liegenschaft. B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 56.*

II. Ueberprüfungsbefugnis des Bundesgerichtes. Tat- und Rechtsfrage. Tragweite des kantonalrechtlichen Grundsatzes freier Beweiswürdigung hinsichtlich der Frage, ob aus Indicien auf den Bestand einer Gesellschaft zu schliessen sei. Art. 81. l. c.

Der Kläger M. hatte auf seinen Namen eine Liegenschaft gekauft und sie auch verwaltet. In der Folge behauptete er, gestützt auf eine Anzahl tatsächlicher Umstände, es habe zwischen ihm und dem Beklagten eine einfache Gesellschaft zum Erwerbe und zur Verwaltung der Liegenschaft bestanden, und klagte auf Feststellung der Mitbeteiligung des Beklagten

in Rechten und Lasten zur Hälfte. Die obere kantonale Instanz (I. App.-Kammer des Obergerichts des Kantons Zürich) hiess die Klage gut, und das Bundesgericht hat die hiegegen vom Beklagten ergriffene Berufung abgewiesen. Ueber seine Kompetenz und seine Ueberprüfungsbefugnis hat es sich im Urteil wie folgt ausgesprochen:

I. (2.) Die Kompetenz des Bundesgerichts in der Streitsache ist gegeben, da sich die Klage auf Anerkennung eines zwischen den Parteien abgeschlossenen Gesellschaftsvertrages richtet und der Gesellschaftsvertrag vom eidgenössischen Recht beherrscht wird; der Umstand, dass sich der behauptete Gesellschaftsvertrag auf Ankauf von Liegenschaften bezieht, ändert hieran nichts, da nicht die sachenrechtlichen Bestimmungen über das Eigentum an Liegenschaften und nicht die Bestimmungen über den Liegenschaftskauf, sondern nur die Bestimmungen über den Gesellschaftsvertrag für das Streitverhältnis massgebend sind.

II. (3.) Eine andere, nicht die Kompetenz des Bundesgerichts und die Zulässigkeit der Berufung, sondern die Wirksamkeit der Berufung und die Ueberprüfungsbefugnis des Bundesgerichts beschlagende Frage ist die, inwieweit das Bundesgericht gemäss Art. 81 OG, wonach es für die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz grundsätzlich verbindlich sind, an den Entscheid der Vorinstanz gebunden ist, wieweit es sich also im vorliegenden Falle einerseits um Feststellung tatsächlicher Verhältnisse, um Tatfragen, anderseits um rechtliche Würdigung der Tatsachen, um Rechtsfragen, handelt. Hierüber ist zu bemerken: Der Entscheid des Rechtsstreites hängt ab von der Erforschung dessen, was die Parteien, ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen, erklärt haben, einerseits, und von der Eruierung der rechtlichen Bedeutung dieser Erklärungen, insbesondere daraufhin, ob danach die Voraussetzungen der einfachen Gesellschaft gegeben seien, anderseits. Ersteres ist Sache der tatsächlichen Feststellungen, und zwar sowohl hinsichtlich dessen, welche Worte die Parteien unter sich oder gegenüber Dritten gebraucht haben, welche Handlungen sie begangen haben, — als auch hinsichtlich dessen, was sie, aus Indizien zu schliessen, gesagt und getan haben müssen; auch die letztere richterliche Operation ist Tatsachenfeststellung, weil und insoweit sie Schlussfolgerungen auf tatsächliche Verhältnisse aus Indizien, Worten und Handlungen der Parteien zum Gegenstande hat. In diesem Umfange ist das Bundesgericht auch an den Indizienbeweis der Vorinstanz gebunden. Soweit dagegen die rechtliche Be-

deutung der festgestellten Erklärungen, Worte und Handlungen der Parteien zu untersuchen ist, handelt es sich um die rechtliche Würdigung der Tatsachen. Die einzelnen, direkt oder durch Schlussfolgerungen festgestellten Tatsachen, die für sich lediglich Indizien für die übereinstimmende Willensmeinung der Parteien bilden, sind daraufhin zu würdigen, ob sie den Rechtsschluss auf den Abschluss, das Bestehen, einer einfachen Gesellschaft zulassen; der Wert der einzelnen indizierenden Tatsachen ist, auf Grund der Lebenserfahrung, auf diesen Rechtsschluss hin zu prüfen. Das ist aber nicht Tatsachenfeststellung oder Beweiswürdigung im eigentlichen Sinne, sondern Deduktion des Rechtsverhältnisses aus Tatsachen, also Rechtstätigkeit. Die Ueberprüfungsbefugnis des Bundesgerichts kann also nicht abgeschnitten werden durch den Hinweis der Vorinstanz auf § 290 zürch. Rechtspflegegesetz, wonach der Richter in der Würdigung der Beweise lediglich an seine Ueberzeugung gebunden ist (sofern ihn das Gesetz hierin nicht ausdrücklich beschränkt). Es verhält sich im vorliegenden Falle ganz gleich wie bei der Auslegung der rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen, wozu übrigens im weitern Sinne der vorliegende Entscheid auch gehört; dass aber in der Auslegung der Willenserklärungen das Bundesgericht frei ist, steht nach seiner neuen Praxis durchaus fest. Im vorliegenden Falle sind für den Rechtsschluss auf das Bestehen einer einfachen Gesellschaft massgebend die allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts, speziell über die Form der Verträge, und die Grundsätze über den Abschluss einer einfachen Gesellschaft im besondern; da nun die einfache Gesellschaft formlos abgeschlossen werden kann, sind, nach allgemeiner Auslegungsregel, alle Umstände in Berücksichtigung zu ziehen, und ist insbesondere auch das Verhalten der Parteien nach Abschluss des Kaufvertrages, der auf der Gesellschaft beruhen soll, von Bedeutung. Ueberall handelt es sich dabei um die rechtliche Bedeutung dieser Umstände, nicht um die Feststellung der Umstände selbst, welch letztere allein den Gegenstand der „tatsächlichen Feststellungen" bilden kann. (Entsch. vom 27. April 1907 i. S. Frischknecht c. Müller.)

---

6. *Zulässigheit der Berufung bei Ehescheidung: letztinstanzliches kantonales Hauptturteil: ob ein Urteil letztinstanzlich ist, hängt davon ab, ob ein ordentliches Rechtsmittel dagegen tatsächlich möglich ist oder nicht. (Möglichkeit der Appellation gegen bezirksgerichtliche Ehescheidungsurteile im Kanton Appenzell I.-Rh.)*

In einem Ehescheidungsprozesse hatte der Kläger gegen das Urteil des Bezirksgerichts Oberegg (Appenzell I.-Rh.), das die Ehe zwar geschieden hatte, aber nicht wegen alleinigen Verschuldens der beklagten Ehefrau, wie der Kläger wollte, die Berufung an das Bundesgericht ergriffen. Vom Bundesgericht um Auskunft darüber ersucht, ob im Kanton Appenzell I.-Rh. in Ehescheidungssachen eine oder zwei kantonale Instanzen bestehen, hat sich der Präsident des Kantonsgerichts folgendermassen geäussert:

Bis 1905 habe das Kantonsgericht stets angenommen, es bestehe in Ehescheidungssachen nur eine kantonale Instanz, nämlich die Bezirksgerichte. Hiebei habe man sich namentlich auf die am 6. April 1876 vom Grossen Rate erlassenen „Bestimmungen über das Verfahren bei Ehescheidungen und deren Folgen" gestützt. In diesen Bestimmungen (speziell Art. 6 derselben) sei nämlich eine Appellation an das Kantonsgericht in Ehescheidungssachen nur in Bezug auf die Frage der Entschädigungspflicht des schuldigen Ehegatten vorgesehen.

Nun habe aber am 20. April 1906 auf Veranlassung des Kantonsgerichts die Standeskommission sich dahin ausgesprochen, es sei Art. 6 jener Verordnuug mit Art. 38 Ziffer 1 der Kantonsverfassung (wonach das Kantonsgericht zweitinstanzlich über „alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten" entscheidet) unvereinbar, und es seien deshalb alle Ehescheidungsurteile als appellabel zu betrachten. Diese Ansicht werde auch durch die Zivilprozessordnung vom 10. März 1892 unterstützt, indem diese die Ehescheidungsprozesse behandle und somit offenbar als „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" betrachte.

Auf Grund dieses Ausspruches der Standeskommission sei das Kantonsgericht seit April 1905 auf die bei ihm eingegangenen Appellationen gegen bezirksgerichtliche Urteile stets eingetreten.

Das Bundesgericht ist daraufhin auf die Berufung nicht eingetreten, mit der Begründung:

Nach Art. 58 OG ist die Berufung an das Bundesgericht nur zulässig gegen die in der letzten kantonalen Instanz erlassenen Hauptturteile. Ob ein solches Urteil vorliege, hat das Bundesgericht von Amteswegen zu prüfen. Diese Prüfung hat sich indessen nur darauf zu erstrecken, ob eine Weiterziehung des angefochtenen Urteils an eine obere kantonale Instanz tatsächlich möglich sei, m. a. W. ob gegebenen Falls auf eine solche Weiterziehung eingetreten würde, nicht aber auch darauf, ob eine in bezug auf diesen Punkt bestehende Praxis der kantonalen Gerichte auf einer an sich

richtigen oder unrichtigen Interpretation des kantonalen Rechtes beruhe.

Im vorliegenden Falle könnte es nun trotz der vom Präsidium des Kantonsgerichtes erteilten Auskunft als zweifelhaft erscheinen, ob die Ehescheidungsprozesse unter Art. 38 Ziff. 1 der Kantonsverfassung zu subsumieren seien; dies um so mehr, als bei Erlass der vom 24. Dezember 1872 datierenden gegenwärtigen Verfassung des Kantons Appenzell I.-Rh. dieser Kanton das Institut der Ehescheidung noch nicht kannte. Es könnte sich auch fragen, ob die Standeskommission und das Obergericht befugt gewesen seien, die Verfassungsmässigkeit einer vom Grossen Rate erlassenen Verordnung zu überprüfen. Ferner könnte die Frage aufgeworfen werden, welche Konsequenzen aus dem Umstande zu ziehen seien, dass sowohl die mehrerwähnte Verordnung vom 6. April 1876 als auch die Civilprozessordnung vom 10. März 1892 nicht von der Landsgemeinde, welche nach Art. 20 der Verfassung die gesetzgebende Behörde des Kantons ist, sondern vom Grossen Rate erlassen worden sind.

All diese Fragen hat indessen, wie bereits angedeutet, das Bundesgericht als Berufungsinstanz in Civilsachen nicht zu untersuchen, sondern es hat sich mit der Feststellung zu begnügen, dass, wie sich aus den Akten mit Sicherheit ergibt, das Kantonsgericht auf eine gegen das vorliegende bezirksgerichtliche Urteil ergriffene Appellation eingetreten wäre und dass dieses Urteil somit nicht als ein in der letzten kantonalen Instanz erlassenes Haupturteil im Sinne von Art. 58 OG erscheint.

(Entsch. vom 16. Juli 1907 i. S. Rohner c. Rohner.)

---

7. *Ehescheidung. Beweis des Ehebruches. Kantonalrichterliche Beweiswürdigung und Stellung des Bundesgerichtes als Berufungsinstanz. Art. 46 litt. c B.-Ges. über Civilstand und Ehe, vom 24. Dezember 1874; Art. 81 B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893.*

Aus den Gründen: Dass die Vorinstanzen den Begriff des Ehebruches rechtsirrtümlich aufgefasst hätten, geht aus ihren Urteilen nirgends hervor und ist vom Berufungskläger auch nicht geltend gemacht worden. Es kann sich also nur fragen, ob die Feststellung des Tatbestandes, gestützt auf den sie jenen Rechtsbegriff im gegebenen Falle als nicht verwirklicht ansehen, in irgend einer Beziehung gegen Bundesrecht verstosse, namentlich aktenwidrig sei oder auf einem bundes-

rechtlich unzulässigen Vorgehen bei der Beweiswürdigung beruhe.

Nun findet sich vorerst in den Akten kein Beweis vor, der die behauptete Tatsache des Ehebruches der Berufungsbeklagten unmittelbar dartun würde (— das vermag namentlich auch nicht die unten erwähnte Aussage der Zeugin Frau G. auf die Zeugenfrage des Berufungsklägers, welche Aussage zudem durch die Antwort auf die Gegenfrage in ihrer Bedeutung abgeschwächt wurde —). Vielmehr besitzen alle erhobenen Beweise nur den Charakter von Indizien, die eine Schlussfolgerung auf den zu beweisenden Ehebruch zulassen sollen.

Dabei lässt sich freilich nicht verkennen, dass man es hier mit einer Reihe von Indizien schwerwiegender Art zu tun hat. Es mag im besondern hingewiesen werden auf die durch das Beweisverfahren zu Tage geförderten Tatsachen: dass es der genannten Zeugin G., soweit sie beobachten konnte, schien, die Berufungsbeklagte lebe mit dem Bahnangestellten M. zusammen wie Frau und Mann; dass die beiden nächtliche Rendez-vous hatten und sich duzten und küssten; dass die Berufungsbeklagte in ihrem Schlafzimmer, das mit dem anstossenden Schlafzimmer M.'s durch eine Türe verbunden war, M. zum Besuche empfing; dass im Bette M.'s eine Haarnadel gefunden wurde etc. All das in Verbindung mit dem sonstigen Beweisergebnis, das die Berufungsbeklagte als eine in sittlicher Beziehung leichtfertige Ehefrau erscheinen lässt, legt den Schluss recht nahe, dass das Verhältnis zwischen ihr und M. nicht ein blosses Freundschaftsverhältnis, sondern ehebrecherischer Art gewesen ist.

Wenn nun aber die Vorinstanzen diese Auffassung nicht geteilt und den Ehebruch als unbewiesen angesehen haben, so liegt darin keine Verletzung von Bundesrecht. Die genannten Indizien sind immerhin nicht derart, dass von ihnen auf die zu beweisende Tatsache des Ehebruches mit Notwendigkeit geschlossen werden müsste und für die Möglichkeit, dass die Berufungsbeklagte die Ehe nicht gebrochen habe, kein Raum bliebe. Ist dem aber so, so kann auch nicht die Rede davon sein, dass die negative Feststellung der Vorinstanzen, man habe es nicht mit ehebrecherischen Beziehungen zu tun, dem Inhalte der Akten widerspreche. Und sodann besteht auch keine bundesrechtliche Beweisregel, wonach für den Beweis des Ehebruches Verdachtsgründe von gewisser Schwere hinreichen könnten und müssten, und lässt sich deshalb an den Ausführungen in dem vom Berufungs-

kläger angerufenen Bundesgerichtsentscheid i. S. Eheleute E. (25 II No. 91), soweit sie dem zuwiderlaufen, nicht festhalten. Bei der Frage, ob in einem gegebenen Falle der Beweis des Ehebruches erbracht sei, handelt es sich vielmehr um die Anwendung des kantonalen Beweisrechtes. Ob immerhin dasselbe nicht von Bundes wegen insoweit beschränkt sei, als es auf dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung ruhen muss und als in dieser Materie keine formellen Vorschriften über die Beweiskraft angewendet werden dürfen, ist hier nicht zu erörtern. Denn die Vorinstanzen haben sich bei ihren Entscheiden wirklich von jenem Grundsatze leiten lassen, mit dem es sich wohl verträgt, dass für den Beweis des Ehebruches noch ein grösseres Mass von Gewissheit verlangt wird, als es das vorliegende Beweismaterial zu bieten vermag. (Entsch. vom 26. Juni 1907 i. S. Sch. c. Sch.)

---

8. *Markenrecht; Wortmarke „Uto" für Papiere. Ist die Verwertung der nämlichen Marke durch einen andern für lichtempfindliche, zur Photographie dienende Papiere erlaubt? Art. 6 Abs. 3 B.-Ges. betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, vom 26. September 1890.*

Das Bundesgericht hat die oben aufgeworfene Frage (in Bestätigung eines Urteils des Handelsgerichtes des Kantons Zürich) verneint, gestützt auf folgende Tatsachen und Rechtsgründe:

1. Die Klägerin ist seit 14. Juli 1897 Inhaberin der Marke „Uto" für „Papiere" (eidg. Marke Nr. 9404). Am 25. September 1906 hat die Beklagte die nämliche Marke unter Nr. 21066 für „photographische Erzeugnisse" beim eidg. Amt für geistiges Eigentum eintragen lassen. Die Beklagte verwendet diese Marke u. a. auch für lichtempfindliche, zu photographischen Zwecken dienende Papiere, die sie unter der Bezeichnung „Uto-Papier" in den Handel bringt. Diese Verwendung der Marke ist ihr durch das angefochtene Urteil, in teilweiser Gutheissung der Klage, untersagt worden, und nur hierum dreht sich heute der Streit.

2. Die Entscheidungsnorm für diesen Rechtsstreit findet sich in Art. 6 Abs. 3 MSchG, wonach die Bestimmung, dass eine neue Marke sich von einer schon eingetragenen durch wesentliche Merkmale unterscheiden müsse, keine Anwendung findet „auf Marken, welche für Erzeugnisse oder Waren bestimmt sind, die ihrer Natur nach von den mit der schon hinterlegten Marke versehenen gänzlich abweichen";

es fragt sich also, ob die lichtempfindlichen, photographischen Papiere der Beklagten zu der Warengattung „Papiere", für welche die Klägerin den Markenschutz geniesst, gehören, oder ob sie hievon gänzlich abweichen, eine andere Ware, ein anderes Erzeugnis sind. Diese Frage ist keineswegs etwa reine Tatfrage, an deren Entscheid durch die Vorinstanz das Bundesgericht gebunden wäre, sondern es kommt hiebei der Begriff der gänzlichen Verschiedenartigkeit zweier Waren in Betracht, der Rechtsbegriff ist, weil er eine Entscheidungsnorm bildet; auch wird die Subsumtion des konkreten Falles unter diesen Rechtsbegriff mit von rechtlichen Gesichtspunkten beherrscht. Es ist Rechtsfrage, von welchem Gesichtspunkte aus die Verschiedenartigkeit zu beurteilen ist.

3. Mit Recht hat nun vorerst die Vorinstanz bei der Entscheidung der Frage der Verschiedenartigkeit kein Gewicht darauf gelegt, ob die Klägerin lichtempfindliche, photographische Papiere tatsächlich (schon) produziere. Die Beklagte bestreitet letzteres und will daraus eine Einwendung gegen die Aktivlegitimation der Klägerin, da dieser das rechtliche Interesse an der Untersagungsklage fehle, herleiten. Allein es kommt hierauf nicht an. Wenn die photographischen Papiere der Beklagten wirklich zur Kategorie „Papiere" gehören, so hat die Klägerin die Möglichkeit, sie ebenfalls herzustellen und dafür ihre ganz allgemeine für Papiere eingetragene Marke „Uto" zu verwenden; das genügt aber vollständig zur Begründung des rechtlichen Interesses an der Unterlassungsklage.

4. In der Sache selbst beruht der Standpunkt der Beklagten darauf, die Auffassung der Vorinstanz, wonach es auf die Ansicht des Publikums, auf die Frage, ob Verwechslungsmöglichkeiten über die Herkunft ausgeschlossen seien, ankomme, sei unrichtig; es müsse nicht auf die Bezeichnung der Ware als „Papier", welche sich nur aus der Armut des Sprachschatzes erkläre, abgestellt werden, sondern auf die innere Beschaffenheit der Ware; nach dieser und nach der Zweckbestimmung der Ware sei aber der Bestandteil „Papier" durchaus unwesentlich und die Emulsion das wesentliche. Allein diese Auffassung ist zurückzuweisen und es ist gegenteils der Vorinstanz hinsichtlich des Entscheidungskriteriums beizustimmen: massgebend ist die Anschauung des Verkehrs (vergl. auch RGZ 60 und 75, S. 325 f.). Von ausschlaggebender Bedeutung ist hiebei, dass die photographischen Papiere ganz wie andere Papiere in der Regel von Papierfabriken hergestellt zu werden pflegen — die Beklagte selber gibt in ihrer „Gebrauchsanweisung für Uto-Papiere",

Akt. 11, als Geschäftszweig an: „Trockenplatten- und Papierfabrik“ — und dass sie auch in Papeterien erhältlich sind. Dadurch ist eine Verwechslungsmöglichkeit über die Herkunft ohne weiteres gegeben. Der Käufer verlangt „Uto-Papier“, und wenn nun die Ware zweier Gewerbetreibenden diese Bezeichnung trägt, so ist die Verwechslungsgefahr da. Des weiteren ist nicht zu verkennen, dass der Verkehr diese „Papiere“ eben regelmässig als eine besondere Art von Papieren auffasst, und dass sie auch, gleich anderen Papieren, zur Aufnahme von Bildern und Zeichen zu dienen bestimmt sind. Der Entscheid der Vorinstanz erscheint daher als zutreffend.

(Entsch. vom 13. Juli 1907 i. S. J. H. Smith & Cie c. Zürcher Papierfabrik a. d. Sihl.)

---

9. *Art. 17 OR: Unsittliches Rechtsgeschäft. Die Vermietung eines Hauses zum Bordellbetrieb ist ein unsittliches Geschäft, auch wenn Bordelle geduldet und polizeilich reglementiert sind.*

Aus den Gründen:

Le demandeur prétend que l'établissement d'une maison de tolérance à Genève ne doit pas être considéré comme illicite ou contraire à l'ordre public et que le bail du 26 août 1895 n'avait pas pour objet l'établissement d'une maison de tolérance . . . . .

La question de savoir si l'établissement d'une maison de tolérance doit, de nos jours et d'une façon générale, être considéré comme contraire aux bonnes mœurs, a déjà été tranchée dans le sens de l'affirmative par le Tribunal fédéral, d'accord sur ce point avec la doctrine et la jurisprudence étrangères (RO **24** II, 864 et citations; voir, en outre: Laurent, Droit civ. 16 pag. 207. — Dalloz, Rép. 1885, 1. 231. — 1891, 1. 484. — RGC 29 pag. 109). Il n'y a pas de motif de s'écarter de cette jurisprudence.

C'est en vain que le recourant invoque, à l'appui de sa manière de voir, le système de la réglementation admis par l'Etat de Genève, consacré par le Grand Conseil et par une majorité d'électeurs dans une votation récente. Le fait même d'exploiter une maison de tolérance est considéré comme immoral; c'est là une appréciation de la moralité d'un acte par la conscience publique, appréciation à laquelle le juge ne peut rien opposer; l'autorisation émanée de l'administration et la tolérance qu'elle accorde ne changent pas le caractère de l'acte. En effet, ces établissements peuvent être administrativement tolérés et surveillés sans que, pour cela, ils doivent être pro-

tégés par la loi civile et que leur existence doive être considérée, en droit, comme licite et ne froissant pas un sentiment de morale générale (RO **24**, II, 864. — Dalloz, Pér. 1885, 1. 231. — Laurent, Droit civ. 16, p. 207. — Kohler, Archiv für bürgerl. Recht 5 p. 195).[1]) (Entsch. vom 28. September 1907 i. S. L. c. S.)

---

10. *Kauf mit Eigentumsvorbehalt; Schicksal der Kaufpreisforderung des Verkäufers im Konkurse des Käufers.*

Der Eigentumsvorbehalt, als eine dem Traditionsvertrage beigefügte Bedingung, lässt bei seiner Geltendmachung das Recht des Verkäufers auf den Kaufpreis, der seinen Grund in dem zwischen den Parteien abgeschlossenen obligatorischen Vertrage hat, an sich unberührt. Dagegen muss sich der Verkäufer den Wert der zurückgenommenen Kaufsache an dem Kaufpreise anrechnen lassen und zwar, da Nutzen und Gefahr mit dem Kaufabschlusse auf den Käufer übergegangen ist, den Wert, den die Sache bei der Geltendmachung des Eigentumsvorbehaltes hat. (Entsch. vom 28. September 1907 i. S. Konkursmasse Herzog c. Bertrand.)

---

11. *B.-Ges. betreffend die Haftpflicht der Eisenbahnen u.s.w. vom 1. Juli 1875, Art. 7. Grobe Fahrlässigkeit der Transportanstalt.*

Aus den Gründen: In der Tatsache, dass ein Weichenwärter, der mit für die Bedienung einer wichtigen Weiche da ist, das Stellen dieser Weiche, obgleich reichlich Zeit hiezu vorhanden wäre, vergisst, den Zug so auf ein unrichtiges Geleise fahren lässt und dadurch Leben und Gesundheit der Reisenden in die grösste Gefahr bringt, liegt ganz ohne Frage eine grobe Fahrlässigkeit nach Art. 7; denn eine Verrichtung von der Wichtigkeit der Weichenstellung darf von einem eigens hiezu bestellten Arbeiter schlechterdings nicht vergessen werden. Eine Vergesslichkeit dieser Art ist wegen der unabsehbaren Folgen, die möglich sind, nicht bloss als leichte Dienstwidrigkeit, sondern als schwere Pflichtvernachlässigung zu betrachten, es sei denn, dass aussergewöhnliche Momente, wie sie hier nicht ersichtlich sind, die Vergesslichkeit entschuldigen. Da

---

[1]) Des weitern wird auf Grund der tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz ausgeführt, dass der Kläger — der Mietzins einklagte, nachdem der Beklagte das Haus auf Weisung des Justiz- und Polizeidepartements hin wegen Abbruches hatte räumen müssen — wusste, dass im Hause vom Beklagten ein Bordell betrieben werde, und dass sich auch der Mietvertrag gerade darauf bezog, wie aus dem Mietzins und der Tatsache, dass das Haus seit unvordenklichen Zeiten dem Bordellbetrieb diente, hervorgehe.

die Beklagte dieses Verschulden zu vertreten hat, so kann die Frage dahingestellt bleiben, ob etwa auch höhern Organen der Bahnverwaltung ein Verschulden nach Art. 7 am Unfall — sei es in der Auswahl des Personals, in der Organisation des Dienstes u. s. w. — zur Last fallen würde. (Entsch. vom 18. September 1907 i. S. SBB c. v. Bergen.)

---

12. *1. Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahnen u. s. w., vom 28. März 1905, Art. 1 Abs. 1. Selbstverschulden des Verletzten.*

2. Eod. Art. 3. Entschädigung für Arbeitsunfähigkeit bei einem Kinde.

3. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 79 Abs. 3. Bundesgesetz über das Verfahren vor Bundesgericht in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, vom 22. November 1850: judex ne eat ultra petita partium.

1. Unter „Verschulden" ist ein Verschulden im Rechtssinne zu verstehen.

2. Auch einem verletzten Kinde ist gegebenenfalls eine Entschädigung für die Nachteile gänzlicher oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit zuzusprechen.

3. Bei Klagen aus dem Haftpflichtgesetze ist der Kläger und auch das Gericht, inbegriffen das Bundesgericht, nicht an die Zerlegung der Forderung nach ihren einzelnen Posten und die Rechtsbegründung dafür gebunden; das Gericht darf nur nicht über den Gesamtbetrag der Forderungen hinausgehen. (Entsch. vom 4. Oktober 1907 i. S. Compagnie genevoise des Tramways électriques c. Ravessond.)

---

13. *Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. Folgen eines Betriebsunfalles: Abgrenzung der Tat- und der Rechtsfrage. Speziell: Stellung des kantonalen Gerichts und des Bundesgerichts zu einer Expertise über die künftige Erwerbsfähigkeit. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 81.*

1. Art und Grösse der gesundheitlichen Beschwerden und deren Zusammenhang mit dem Unfall sind Sache der tatsächlichen Feststellung.

2. Der Einfluss der Gesundheitsstörungen auf die Erwerbsfähigkeit ist nicht reine Tatfrage.

3. Die kantonale Instanz darf sich nicht unter Berufung auf ihr richterliches Ermessen über eine Expertise betreffend die Erwerbsminderung hinwegsetzen.[1])

---

[1]) In einem andern Entscheide (Raveani c. Keller & Cie. vom 22. Oktober 1907) ist ausgesprochen, dass sich die kantonale Instanz über ein Gut-

Aus den Gründen:

Nach dem von der ersten Instanz erhobenen Gutachten leidet der Kläger noch an erheblichen Gesundheitsstörungen, die auf den Unfall zurückzuführen sind.[1] Für die Art und Grösse dieser Beschwerden und deren Zusammenhang mit dem Unfall haben die kantonalen Gerichte auf das Gutachten abgestellt, und das Bundesgericht ist hieran gebunden, da es sich um eine Feststellung tatsächlicher Natur, die keineswegs aktenwidrig ist, handelt. Ob und welchen Einfluss die festgestellten Gesundheitsstörungen auf die gegenwärtige und namentlich die künftige Erwerbsfähigkeit des Klägers haben, ist dagegen keine reine Tatfrage, die der Ueberprüfung des Bundesgerichts — Aktenwidrigkeit und Verletzung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung vorbehalten (Art. 81 OG) — entzogen wäre. Es handelt sich dabei nicht sowohl um die Feststellung einer Tatsache, als um die, teils nach besonderer Sachkenntnis, teils nach der allgemeinen Lebenserfahrung vorzunehmende Würdigung eines tatsächlichen Zustandes, die in das Gebiet der vom Richter nach Art. 6 Abs. 2 FHG unter Berücksichtigung aller Umstände vorzunehmenden Schadensarbitrierung fällt. Das Bundesgericht hat sich denn auch von jeher vorbehalten, zu prüfen, ob der kantonale Richter bei Bestimmung des Grades der Invalidität allen Verhältnissen in richtiger Weise Rechnung getragen hat.

Nun geht die Vorinstanz bei der Schadensbemessung von der Annahme aus, dass beim Kläger während 6—7 Jahren vom Unfall an gerechnet eine Reduktion der Arbeitsfähigkeit von durchschnittlich 35% vorliege. Diese Annahme, für welche die Vorinstanz sich auf freies richterliches Ermessen beruft, kann jedoch nicht als zutreffend anerkannt werden; denn sie steht durchaus im Widerspruch mit den Ergebnissen der Expertise, die auch vom Obergericht als wesentlich massgebend betrachtet wird, und irgend welche Anhaltspunkte, auf die sie sich stützen könnte, sind im Urteil der Vorinstanz nicht angeführt und aus den Akten auch nicht ersichtlich. Wie sich aus den Schlussfolgerungen des Gutachtens in Verbindung mit der Begründung unzweideutig ergibt, taxiert der Experte die Erwerbseinbusse für 2—3 Jahre vom Datum des Gutachtens an auf 35% und hernach auf dauernd 10—15%, und in der letztern Schätzung ist die Möglichkeit einer spätern Heilung

---

achten auch nicht unter blosser Bezugnahme auf einen früheren Fall, hinwegsetzen darf.

[1]) Es handelte sich um einen Betriebsunfall und eine Haftpflichtklage.

oder Besserung der traumatischen Nervenentzündung bereits berücksichtigt; ohne die nicht absolut ungünstige Prognose wäre die dauernde Invalidität auf mehr als 10—15% zu schätzen. Der Experte bemerkt dazu, dass nach seiner Erfahrung selbst unter günstigen Umständen doch Jahre vergehen, bis eine solche Störung überwunden ist; höchst wahrscheinlich werde der Kläger noch ebense lange warten müssen, bis er seine volle Kraft wieder erlangt habe, und wegen der Unsicherheit der Prognose sei doch mit einer dauernden Schädigung zu rechnen. Diese Unsicherheit der Prognose vor allem ist bei jener Annahme der Vorinstanz unbeachtet geblieben. Gewiss ist sodann der Richter, im Haftpflichtprozess schon von Bundes wegen (AS d. bg. E. **31**/II S. 210), berechtigt, auch ein Expertengutachten frei zu würdigen. Will er sich aber von den Vorschlägen eines sorgfältig und einleuchtend motivierten Gutachtens, wie es das vorliegende auch nach der Ansicht des Obergerichts ist, entfernen, so muss er dies aus seiner eigenen Lebenserfahrung begründen und sich mit der abweichenden Auffassung des Experten auseinandersetzen. Dagegen geht es nicht an, dass, wie vorliegend, die Schlussfolgerungen eines einwandfreien Gutachtens, das denn auch in keiner Weise beanstandet, sondern als wesentlich massgebend erklärt wird, lediglich unter Berufung auf das richterliche Ermessen bei Seite geschoben werden.

Es empfiehlt sich daher, abweichend von der Vorinstanz und in Uebereinstimmung mit der ersten Instanz, durchaus, auf die Ergebnisse des Gutachtens abzustellen. (Entsch. vom 17. Oktober 1907 i. S. Huber c. Ott.)

---

14. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb, vom 25. Juni 1881, Art. 1 und 2: Begriff des Betriebsunfalls. Wann liegt in einem Bruchaustritt ein solcher?*

Aus den Gründen: (3.) Betriebsunfall ist die plötzliche körperschädigende Einwirkung eines durch den Betrieb bedingten äussern Geschehnisses auf den Körper des Arbeiters. Nach ständiger bundesgerichtlicher Praxis ist ein Bruchaustritt ein Betriebsunfall, falls er auf ein zeitlich bestimmbares Ereignis — eine aussergewöhnliche Anstrengung, ein Ausgleiten oder Fallen beim Heben schwerer Gegenstände u. s. w. — zurückzuführen ist und insofern er sich natürlich als ein die körperliche Integrität schädigendes Ereignis darstellt (AS **31** II S. 231 Erw. 4). Vorliegend geht nun zwar die Vorinstanz davon aus, dass beim Kläger, als er beim Heben einer

schweren Last ausglitt, ein Bruch ausgetreten ist, aber sie stellt, gestützt auf das gerichtliche Expertengutachten, fest, dass der Bruchaustritt nicht den Charakter einer Körperbeschädigung hatte, und sie verneint aus diesem Grunde das Vorliegen eines Betriebsunfalls. An die erwähnte Feststellung, die tatsächlicher Natur ist, ist das Bundesgericht gebunden, falls sie nicht etwa aktenwidrig sein sollte (Art. 81 OG). Doch kann hievon keine Rede sein. Die gerichtlichen Experten kommen auf Grund einer eingehenden Untersuchung des Klägers unter Berücksichtigung der Angaben des letztern und der Resultate der frühern ärztlichen Berichte zu dem Schlusse, dass der in Frage kommende rechtseitige Leistenbruch aller Wahrscheinlichkeit nach schon vor dem Vorfall vom 17. Oktober 1905 bestanden hat, dass kein Anhalt dafür vorhanden ist, dass der Bruch durch den Vorfall verschlimmert oder vergrössert worden wäre. Ob diese Schlussfolgerung durchaus überzeugend ist, hat das Bundesgericht als Berufungsinstanz nicht zu prüfen. Dass sie mit irgend einem Aktenstück in Widerspruch stände, ist nicht ersichtlich: im Gegenteil befindet sie sich in Uebereinstimmung mit den sonstigen bei den Akten liegenden ärztlichen Zeugnissen und Berichten. Eine Aktenwidrigkeit liegt auch nicht etwa insofern vor — wie der Kläger behauptet —, als die Experten der Meinung Ausdruck geben, es könne beim Kläger nicht ohne weiteres von einer ungewöhnlichen oder ausserordentlichen Kraftanstrengung gesprochen werden; denn es handelt sich hiebei lediglich um eine beiläufige Bemerkung, die auf das Ergebnis des Gutachtens und jedenfalls auf das Urteil der Vorinstanz keinen Einfluss ausgeübt hat, da ja die letztere, wie bereits bemerkt, von der Annahme ausgeht, dass beim Kläger anlässlich des Vorfalls vom 17. Oktober 1905 wirklich der rechtseitige Bruch — allerdings nicht zum ersten Mal — plötzlich ausgetreten ist. Ist aber das Bundesgericht an die Feststellung, dass der körperliche Zustand des Klägers nicht verschlimmert worden ist, gebunden, so muss es bei der Auffassung der Vorinstanz, dass kein Betriebsunfall vorliegt, sein Bewenden haben. Damit ist natürlich auch ausgeschlossen, dass der Kläger für den Schaden entschädigt werden könnte, den er auf dem Arbeitsmarkt erleidet, indem er infolge jenes Vorfalls von seinem Bruchleiden Kenntnis erhalten hat und es nun beim Suchen nach einer Anstellung nicht wohl verheimlichen kann. Denn wenn man auch diesen Schaden für nach Haftpflichtrecht erstattungsfähig halten sollte in Fällen, wo der Bruchaustritt sich als Betriebsunfall darstellt, so kann natürlich hievon keine Rede sein da, wo es

an einem Betriebsunfall mangels Beeinträchtigung der körperlichen Integrität fehlt. (Entsch. vom 13. September 1907 i. S. Reiter c. Züllig & Cie.)

---

15. *Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. Klage auf solidarische Verurteilung zweier Beklagten, von denen jeder für sich haftpflichtig ist und in deren beider Betriebskreis der Kläger eingetreten war. Gutheissung der Klage aus dem Gesichtspunkte der Klagenkonkurrenz. OR Art. 162, 163.*

Die Beklagten S. und H., die mit ihren Betrieben der Haftpflichtgesetzgebung unterstehen, hatten im Frühjahr 1906 jeder für sich Arbeiten für einen ländlichen Neubau übernommen und zwar der Maurermeister S. die Maurerarbeiten und der Zimmermeister H. die Zimmerarbeiten. Ihre Bezahlung erfolgte in der Weise, dass sie dem Bauherrn die Taglöhne für die am Neubau beschäftigten Arbeiter verrechneten. Wenn die Maurer gerade keine Arbeit hatten, so halfen sie, um nicht müssig zu sein, gemäss einer bestehenden Uebung bei den Zimmerarbeiten, und umgekehrt. Doch wurde deswegen an der Verrechnung der Taglöhne nichts geändert: der Maurermeister bezog den ganzen Taglohn für den Maurer, auch wenn dieser während einiger Zeit bei den Zimmerarbeiten half, und umgekehrt. Der Kläger I. arbeitete als Maurerhandlanger im Dienste des S. auf dem Neubau. Am 5. April war gerade keine Maurerarbeit mehr zu verrichten. S. wies daher den Kläger an, den Zimmerarbeitern beim „Aufrichten" zu helfen. Als H. bei dieser Arbeit den Kläger mit Hand anlegen sah, bemerkte er zu ihm, er möge von dem Bau hinuntergehen, man könne nur Leute brauchen, die diese Arbeit verstehen, er (H.) wolle nicht, dass noch jemand „ungfällig" werde. Der Kläger antwortete, er habe solche Arbeit auch schon ausgeführt, und arbeitete tatsächlich weiter, ohne dass H. dagegen Einsprache erhoben und ihn förmlich weggewiesen hätte. Der Kläger fiel dann bei der Arbeit des Aufrichtens von einer obern Balkenlage mehrere Meter tief hinunter und zog sich eine erhebliche Verletzung der Wirbelsäule zu. Dafür belangte er beide Beklagte solidarisch auf Entschädigung, gestützt auf das Fabrikhaftpflichtgesetz, und in Bestätigung des letztinstanzlichen kantonalen Urteils hat das Bundesgericht die Klage (in einem reduzierten Betrage) geschützt.

Es führt zunächst (nach Abweisung der Einrede des Selbstverschuldens) aus, dass die Voraussetzungen der Haftpflicht sowohl mit Bezug auf S. als mit Bezug auf H. gegeben seien,

unter Hinweis auf BGE **31** II S. 215 (Revue **24**, Nr. 15 Erw. 3) und fährt dann fort:

1. . . . . . Es ist mit der Vorinstanz anzunehmen, dass in Bezug auf die Arbeit, bei der der Kläger verunglückt ist, die Betriebskreise der beiden Beklagten sich schnitten. Der Kläger ist in den Betriebskreis des H. eingetreten, ohne doch aus demjenigen des S. herauszutreten. Gemäss den eigenartigen Verhältnissen des Falles erscheinen sowohl S. als H. als Betriebsunternehmer für die fragliche Arbeit, weil sie beide im kritischen Zeitpunkte über die Arbeitskraft des Klägers verfügten. Bei dieser Sachlage müssen aber auch beide Beklagten als haftpflichtig erklärt werden. Das Gesetz enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass in einem Falle, wo die Voraussetzungen der Haftpflicht in der Person zweier Unternehmer erfüllt sind, nicht auch beide haften sollten. Wenn im Gesetz von 1881 jeweilen vom Betriebsunternehmer und in der Novelle von 1887 vom Inhaber des betreffenden Gewerbes als haftpflichtigem Subjekt die Rede ist, so erklärt sich dies ohne weiteres daraus, dass das Gesetz in erster Linie den Regelfall, wo nur ein Träger der Haftpflicht in Frage kommt, im Auge hat. Das Gesetz sieht ja auch selber vor, dass zwei Personen, nämlich der Hauptunternehmer und der Unterakkordant (Nov. Art. 2), neben einander haften, und eine doppelte Haftung in ähnlichem Sinne kann eintreten, wenn dem Arbeiter nach der Lage des Falles neben dem Haftpflichtanspruch an den Arbeitgeber ein Anspruch aus OR Art 50 ff. gegen einen Dritten oder aus Eisenbahnhaftpflicht gegen den Inhaber einer Transportanstalt zusteht (siehe z. B. AS **31** II S. 225, ferner v. Salis in der Zeitschrift des bern. Juristenvereins **33** S. 443 ff.).

2. Dem Kläger steht danach gegen jeden der beiden Beklagten je ein Haftpflichtanspruch zu, die beide auf denselben Zweck, die Deckung des Schadens nach Haftpflichtrecht, gehen, und für deren gegenseitiges Verhältnis die Grundsätze über Klagenkonkurrenz massgebend sein müssen. Der Kläger kann nur einmal Ersatz für den durch den Unfall erlittenen Schaden erhalten; sobald und soweit der eine Anspruch befriedigt wird, fällt auch der andere dahin. Bei der Klagenkonkurrenz besteht für den Berechtigten volle Freiheit, welchen Anspruch er zuerst geltend machen will; soweit er dabei vom zuerst belangten Schuldner nicht befriedigt wird, kann er sich auch an den andern halten. Er kann aber ohne Frage auch die beiden Verpflichteten zugleich belangen, wie es vorliegend geschehen ist, um dann nach erfolgter Verurteilung sein Wahl-

recht bei der Vollstreckung auszuüben. Wenn hiebei in der Streitfrage und auch im Dispositiv der Vorinstanz von Solidarität die Rede ist, so ist damit zweifellos nicht Solidarität im eigentlichen Sinn — Haftung mehrerer Schuldner für die Erfüllung derselben Schuld, Art. 162 OR — sondern das erwähnte Verhältnis der Klagenkonkurrenz gemeint, das in seinen Wirkungen gegenüber dem Gläubiger mit der Solidarität sich deckt (Art. 163 l. c.). Das Verhältnis der Beklagten unter sich nach erfolgter Zahlung durch den einen ist daher durch die Formulierung des Dispositivs der Vorinstanz nicht berührt, wie denn auch diese Frage mit dem vorliegenden Prozesse nichts zu tun hat. (Entsch. vom 30. Oktober 1907 i. S. Senn und Hagmann c. Ineichen.)

---

16. *Unfallversicherung. Bedeutung des Fragebogens, insbesondere der Frage nach dem Bestande früherer Versicherungen. Auslegung der Versicherungsklausel, wonach jede unwahre Angabe des Versicherungsnehmers, „welche auf den Abschluss der Versicherung einen Einfluss ausgeübt hat“, den Versicherer befreit.*[1])

Der Kläger H. hatte bei Eingehen einer Unfallversicherung die Frage, ob er schon bei einer andern Gesellschaft versichert sei, fälschlich verneint. Auf die von ihm infolge eines Unfalls erhobene Klage auf Auszahlung der Versicherungssumme hielt ihm die Beklagte die Einrede der Unverbindlichkeit der Versicherung entgegen, gestützt auf folgende Bestimmung der Police: „Les obligations de la Compagnie sont déterminées par la police établie sur la base de la proposition d'assurance ou par les avenants. — Le proposant est seul responsable de l'exactitude et du caractère complet des indications contenues dans la proposition d'assurance signée par lui. Toute indication contraire à la vérité et qui a exercé une influence sur la conclusion de l'assurance dégage la Compagnie de toute obligation.“ Mit der zweiten kantonalen Instanz (App.-Gericht des Kantons Basel-Stadt) hat das Bundesgericht die Klage in Gutheissung dieser Einrede abgewiesen. Die wesentlichen Erwägungen des bundesgerichtlichen Urteils lauten:

Die entscheidende Frage spitzt sich auf eine Auslegung des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen zu. Dabei ist vorerst hervorzuheben, dass diese Klausel nicht etwa (wie das bei Versicherungsbedingungen anderer Gesellschaften der Fall ist) von solchen wahrheitswidrigen Angaben spricht, die an sich geeignet sind, einen

[1]) Vergl. auch unten Nr. 21.

Einfluss auf den Abschluss und die Modalitäten der Versicherung auszuüben, sondern dass sie positiv davon spricht, dass die Angabe einen Einfluss ausgeübt habe. Den Beweis, dass das der Fall gewesen sei, hat die Beklagte, die auf die Klausel ihre Befreiung vom Versicherungsvertrag stützt, zu leisten. Die Beklagte wendet ein, es handle sich hiebei um einen unmöglichen Beweis, und die Leistung eines solchen könne man von ihr nicht verlangen, sie habe ihn sich auch nicht aufgebürdet, die Klausel sei daher dahin auszulegen, dass es darauf ankomme, ob die falschen Angaben geeignet seien, einen Einfluss auf den Versicherungsabschluss auszuüben. Richtig ist dabei, dass es sich um einen inneren Vorgang — die Beeinflussung des Willens der Beklagten — handelt, der nicht direkt (wohl auch nicht z. B. durch Eidesleistung seitens der Vorstandsmitglieder der Beklagten), sondern nur durch Indizien bewiesen werden kann. Vermöchte die Beklagte darzutun, dass sie in einer Reihe gleichgearteter Fälle Versicherungsanträge wegen Bestehens früherer Versicherungen zurückgewiesen oder ihnen in der Modalität des Abschlusses Rechnung getragen hat, so müsste der Beweis jenes Einflusses auf den gegenwärtigen Vertrag wohl ohne weiteres als gelungen bezeichnet werden. Aber hievon abgesehen ist die Rechtsstellung der Beklagten im Prozess an Hand folgender Erwägung eine bessere, als es bei blosser Berücksichtigung des Wortlautes der fraglichen Klausel den Anschein hat: Durch Aufnahme der Frage nach schon bestehenden Versicherungen in das Antragsformular hat die Beklagte zu erkennen gegeben, dass sie diesem Umstand eine Erheblichkeit beimisst. Wie das Bundesgericht in seinem Urteil i. S. La Suisse c. Siegenthaler, vom 4. Juli 1896, AS **22**, S. 808 f., ausgeführt hat, gelten alle Fragen, welche der Versicherer im Fragebogen an den Antragsteller stellt, als erheblich, sofern sie an sich geeignet sind, für seine Entschliessung von Bedeutung zu sein, und es sich nicht etwa um offensichtlich blosse Informationsfragen oder um chikanöse Fragen über offenbar unerhebliche Dinge handelt. Das Bundesgericht nimmt hiebei eine Mittelstellung ein zwischen der Auffassung von Lewis, Lehrbuch des Versicherungsrechtes, S. 81 f., und Rölli, Referat über die Vorarbeiten für ein Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, in den Verhandlungen des Schweiz. Juristen-Vereins 1899, S. 84 ff.: Z. schweiz. Recht, NF **18**, S. 570 ff. (s. auch Rölli's Entw. Art. 8 Abs. 2; bundesrätl. Entw., vom 2. Februar 1904, Art. 7, Abs. 2; Entw. des Ständerates, Art. 5 Abs. 3: „Die Gefahrstatsachen, auf welche die schriftlichen

Fragen des Versicherers in bestimmter, unzweideutiger Fassung gerichtet sind, gelten als erheblich") einerseits — und dem ROHG (vergl. Ehrenberg, Handbuch I, S. 336 Anm. 22) anderseits, wohl am ehesten in Uebereinstimmung mit Ehrenberg a. a. O. bei Anm. 23. Danach wird durch die Fragestellung die Frage dann zu einer erheblichen, wenn an sich, objektiv, über ihre Erheblichkeit Zweifel bestehen können; und jedenfalls, zum mindesten, muss der Fragestellung die Bedeutung zukommen, dass es nunmehr Sache des Versicherungsnehmers ist, die Unerheblichkeit darzutun, dass also die Beweislast (für den Beweis der Tatsachen, die den Rechtsschluss auf Erheblichkeit oder Unerheblichkeit zulassen) umgekehrt wird. (Vergl. auch das Referat von P. Scherrer im Ständerat, Stenogr. Büll. S. 142, wonach mit Art. 5 Abs. 3 nur eine Rechtsvermutung geschaffen werden will, gegen welche dem Versicherten der Gegenbeweis offen steht, ferner das zustimmende Votum Hoffmann eod.) Bis zum Beweise des Gegenteils ist daher anzunehmen, dass die Frage nach schon bestehenden Versicherungen eine erhebliche ist. Denn jedenfalls kann nicht gesagt werden, dass sie an sich bei der Unfallversicherung offensichtlich unerheblich oder gar chikanös sei. Zwar hat der Versicherer in erster Linie ein Interesse daran, zu wissen, ob Versicherungsanträge des Antragstellers bei andern Gesellschaften schon abgelehnt worden sind. Die Beklagte zeigt aber durch Aufnahme der Frage nach dem Bestehen früherer Versicherungen neben der Frage nach der Ablehnung von solchen (Frage 7 d), dass sie auch jener Tatsache eine Erheblichkeit beimisst. Umstände, die für die Nichterheblichkeit sprechen, hat nun der Kläger demgegenüber nicht dargelegt. Seine Ausführungen, die darin gipfeln, es liege keine „Ueberversicherung" vor, gehen fehl; denn bei der Personenversicherung kann von Ueberversicherung überhaupt nicht gesprochen werden, da das Versicherungsinteresse bis zu einem gewissen Grade incommensurabel ist und sich die Lohnverhältnisse des Versicherten, die Kurkosten u. s. w. ja stetig ändern können (vergl. Lewis Lehrb. S. 59). Dagegen ist nicht zu verkennen, dass die Kenntnis schon bestehender Versicherungen auch im Unfallversicherungswesen für den Entschluss des Versicherers insofern von Bedeutung sein kann, als erfahrungsgemäss ein mehrfach Versicherter leichter zu Sorglosigkeiten verleitet wird als ein nur bei einer Gesellschaft Versicherter; ferner auch im Hinblick auf die Rückversicherung. Der vom Kläger hervorgehobene Umstand, dass die Beklagte in ihren Allgemeinen Versicherungsbedingungen

eine spätere Versicherung des Versicherten bei einer andern Gesellschaft nicht verbietet, steht diesen Ausführungen nicht entscheidend entgegen.

(Entsch. vom 12. Juli 1907 i. S. Hurny c. Schweiz. National-versicherungsgesellschaft.)

---

17. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889, Art. 242 Abs. 2. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 58.*

I. Ein Urteil, das die Einrede der Verwirkung des Anspruches wegen Fristversäumnisses nach Art. 242 SchKG gutheisst, ist ein Hauptūrteil.

II. Was „Anhebung der Klage“ ist, entscheidet sich dort, wo das eidgenössische Recht an die Innehaltung der Klagfrist Folgen knüpft, nach diesem Rechte. Form und Verfahren bestimmen sich nach kantonalem Rechte.

III. „Klaganhebung“ ist die erste Prozesshandlung des Klägers, die den Prozess einleitet.

Gegenüber einer Vindikation im Konkurse, gemäss Art. 242 Abs. 2 SchKG, erhob der Beklagte die Einrede der Fristversäumnis, und die kantonale obere Instanz (Obergericht des Kantons Zug) hiess diese gut. Die Sachlage war folgende: Die Fristansetzung war am 28. April 1906 erfolgt, am 5. Mai 1906 verlangte die Klägerin die friedensrichterliche Weisung. Die Einreichung der Weisung erfolgte am 9. Mai, am 10. Mai wurde die erste klägerische Prozesseingabe eingereicht, diese wurde am 14. Mai durch das Weibelamt dem Beklagten zugestellt. Das Obergericht sah den letzteren Zeitpunkt als „Anhebung der Klage“ an. Auf Berufung der Klägerin hin hat jedoch das Bundesgericht das obergerichtliche Urteil aufgehoben und die Sache zur materiellen Entscheidung an die Vorderinstanz zurückgewiesen. Gründe:

I. Die Auffassung, das angefochtene Urteil stelle sich nicht als Hauptūrteil dar, sondern als prozessualer Entscheid über eine Prozessfrage, die Frage der rechtzeitigen Klageinleitung, ist rechtsirrtümlich. Zunächst kommt es natürlich nicht auf die Form des vorinstanzlichen Dispositivs an, als welche im vorliegenden Falle die Gutheissung der peremtorischen Einrede des Beklagten erscheint, sondern auf den Inhalt; inhaltlich aber liegt darin nicht ein Entscheid über eine Prozessvoraussetzung, sondern eine definitive Abweisung der Klage, des Anspruchs selbst. Indem Art. 242 SchKG an die Nichtinnehaltung der Klagfrist die Verwirkung des Anspruchs knüpft, stellt er eine materiell-rechtliche, weil den Untergang

des Anspruchs selbst, wenigstens für das Konkursverfahren (Jaeger, Komm. Art. 242, Anm. 8; Weber-Brüstlein-Reichel, Art. 242, Anm. 3, S. 364 f.), betreffende Bestimmung auf; die Abweisung der Klage wegen Fristversäumnis gemäss Art. 242 l. c. ist also durchaus ein Hauptturteil.

II. Aber auch die weitere Voraussetzung der Zulässigkeit der Berufung: die Anwendbarkeit oder Anwendung eidgenössischen Rechts, ist gegeben. Zunächst ist zweifellos, dass der vorliegende Rechtsstreit seiner Materie nach vom eidgenössischen Recht beherrscht wird. Sodann findet eidgenössisches Recht auch Anwendung auf die Frage, die einzig den Gegenstand des angefochtenen Urteils bildet: die Frage der Anspruchsverwirkung; denn die Voraussetzungen der Verwirkung des Anspruchs sind vom eidgenössischen Recht geregelt, nach ihm muss sich bestimmen, was unter „Anhebung der Klage" zu verstehen ist; es handelt sich also zum mindesten vorfrageweise um die Auslegung und Anwendung einer Vorschrift eidgenössischen Rechts; die Vorinstanz hat denn auch Art. 242 cit. wirklich angewendet und nur in weiterer Folge das kantonale Prozessrecht als Entscheidungsnorm herangezogen. Dem kantonalen Recht ist allerdings das Verfahren, in dem die Klage durchzuführen ist, und die Form, in der der Richter mit der Streitsache zu befassen ist, überlassen, es muss also eine nach kantonalem Recht gültige Prozesshandlung vorliegen. Dagegen ist die Frage, was unter „Anhebung der Klage" zu verstehen sei, dort wo, wie bei Art. 242 SchKG, das Bundesrecht eine Frist zur Anhebung der Klage setzt und an deren Nichtinnehaltung Verwirkung knüpft, nach eidgenössischem Recht und für das ganze Gebiet der Schweiz einheitlich zu entscheiden, da eben das eidgenössische Recht einheitlich eine überall gleichmässige Frist ansetzen will und eine andere Lösung der Idee der Rechtseinheit widerspricht, auch die Möglichkeit der Klagerhebung, die das eidgenössische Recht gewährt, nicht durch kantonale Vorschriften soll illusorisch gemacht werden können. (Vergl. die zutreffenden Ausführungen von Bachmann in den Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1901 S. 71 ff., und Zeitschrift für schweizerisches Recht, N. F. 20 S. 568 ff.) In diesem Sinne hat denn auch das Bundesgericht den gleichartigen Art. 35 ZEG mehrfach ausgelegt; siehe AS **5**, S. 594, Erw. 3 und **25** II, S. 7 f., Erw. 5.[1]) Die Auffassung (vergl. Weber-Brüstlein-Reichel, Anm. 4 zu Art. 242, S. 365) ist daher zurückzuweisen, dass das kantonale Recht über die erfolgte „Anhebung" entscheide: es entscheidet nur über Form

und Verfahren; aber was „Anhebung“ ist, ist nach eidgenössischer Rechtsnorm zu entscheiden, da eben diese den Rechtssatz aufstellt.

III. Die Auslegung des Begriffes „Anhebung der Klage“ nun, die danach vom Bundesgericht selbständig vorzunehmen ist, hat zurückzugehen auf Wortlaut und Sinn der Bestimmung, zumal auf den Sinn der Fristansetzung. Danach ist unter „Anhebung der Klage“ eine prozessuale Handlung des Ansprechers zu verstehen, eine Handlung, die von seinem Willen abhängt und in seiner Macht steht; denn eine Verwirkungsfolge darf nicht geknüpft werden an eine Handlung, die ausserhalb des Willensbereiches des mit der Verwirkung Bedrohten steht. Des weiteren ergibt sich schon aus der Kürze der Frist und aus ihrem Zweck — der Beschleunigung von Incident-Rechtsstreitigkeiten in Betreibungs- und Konkursfällen, im Interesse der raschen Durchführung der Betreibung und des Konkurses —, dass unter der Klaganhebung die erste Handlung des Klägers zu verstehen ist, die den Prozess einleitet, dem richterlichen Rechtsschutz ruft, ihn in gesetzlich gültiger Weise vorbereitet. Welches diese Prozesshandlung ist, bestimmt das kantonale Recht; aber dass es diese prozesseinleitende Handlung ist, sagt das eidgenössische Recht. Die Auffassung, die das Bundesgericht in seinem Urteil vom 14. März 1896 i. S. Feusi c. Masse Feusi, AS **22** S. 69 f, Erw. 3, vertreten hat, und die auch in Jaegers Komm., Art. 107, Anm. 5 (S. 188) übergegangen ist, dass unter Klage „diejenige Handlung zu verstehen“ sei, „durch welche der Kläger die gerichtliche Hilfe anruft und die Rechtshängigkeit der Streitsache mit ihren prozessual- und materiellrechtlichen Wirkungen begründet wird“, und wonach die Erhebung der Klage „die Vornahme dieser Handlung, d. h. desjenigen prozessualen Aktes (ist), welcher jene Wirkung herbeiführt und dem Kläger den Anspruch auf gerichtliche Entscheidung erwirbt“, geht daher zu weit und kann insofern nicht festgehalten werden, als sie Klaganhebung und Streithängigkeit gleichsetzt. Die beiden Prozessakte sind denn auch begrifflich etwas durchaus von einander verschiedenes. Wo daher das kantonale Prozessverfahren der gerichtlichen Klage vorgängig eine Anrufung des Friedensrichters vorschreibt, ist schon diese Anrufung als Anhebung der Klage, weil sie eben Einleitung des Prozesses ist, anzusehen. (So auch das Bundesgericht bez. Art. 35 ZEG in den in Erw. II zitierten Fällen.) Diese Prozesshandlung hat die Klägerin unbestrittenermassen innert der Frist des

---

[1]) Revue 17 Nr. 75.

Art. 242 SchKG vorgenommen. Und da im Uebrigen das kantonale Urteil ausdrücklich feststellt, dass die Vorschriften des Art. 21 des zugerischen Einführungsgesetzes beachtet worden sind, so ist ohne weiteres als erstellt anzunehmen, dass die Klage rechtzeitig eingeleitet und daher materiell zu behandeln sei. (Entsch. vom 21. September 1907 i. S. Hotz c. Kopp.)

B. Kantonale Entscheide.

---

18. *Dommages-intérêts. Responsabilité du patron. Art. 62 CO.*

Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 21 mai 1904 d. l. c. Lacraz c. Lydiar.

W. Sorgel, domestique, non cocher, au service de Lydiar, fit atteler, sans l'ordre de son maître et même à son insu et contrairement à ses ordres (car il l'avait chargé de faire une course à Vernier, mais en tramway), le cheval et la voiture de Lydiar remisés au manège Mouley par le personnel du manège, alors il fit monter sur le banc antérieur deux fillettes et conduisit la voiture sur la route tendant à Vernier. En route, il fit ou laissa monter sur le banc postérieur deux jeunes filles de sa connaissance, les demoiselles Lacraz; un instant après, la voiture versait et Louise Lacraz était grièvement blessée et mourut au bout d'une heure. Le père Lacraz a formé une demande de dommages-intérêts contre Lydiar en vertu de l'art. 50 soit 62 CO. Il a été constaté que Sorgel ne remplissait jamais auprès de Lydiar les fonctions de cocher, et que, s'il accompagnait son maître lorsque celui-ci sortait avec sa voiture, c'était comme valet de pied, Lydiar conduisant toujours lui-même; que, notamment, ce jour-là, Lydiar n'avait ni chargé Sorgel de faire atteler la voiture et la conduire chez lui ni l'avait autorisé à sortir avec. Néanmoins le Tribunal de 1re instance a admis une responsabilité très limitée de Lydiar; la demande de Lacraz étant de frs. 20,000, il a condamné Lydiar à frs. 800 et aux frais. La Cour a réformé ce jugement et débouté Lacraz de ses conclusions contre Lydiar.

Motifs: Le Tribunal reproche à Lydiar de n'avoir pas pris assez de précautions pour rendre impossible la désobéissance commise par Sorgel. C'est pousser trop loin l'application du principe de la responsabilité indirecte, car Lydiar qui avait donné ordre à Sorgel d'aller à Vernier en tramway, n'était pas tenu de l'accompagner pour s'assurer qu'il y allait

bien par cette voie. Lydiar a bien pris toutes les précautions qui lui appartenait de prendre; son attention et sa prudence n'ont point été en défaut, et ce n'est pas sa faute s'il n'a pu prévenir un abus toujours possible. Il n'a été établi contre Lydiar aucun élément de fait qui soit de nature à engager, ni directement ni indirectement, sa responsabilité vis-à-vis de Lacraz. (La Semaine judiciaire, XXVI p. 413 ss.)

---

19. *Auslobung oder Wette? Art. 512 OR.*

Zug. Urteil des Kantonsgerichts von 1906.

Der in einem Zivilprozesse als Zeuge auftretende X. wurde von der Gegenpartei des Zeugenführers nach seinen Vorstrafen befragt und antwortete darauf, er sei noch nie um einen Fünfliber gestraft worden, er bezahle 1000 Fr., wenn der Nachweis geführt werde, dass er je nur um einen Fünfliber gebüsst worden sei. Die Partei, die ihm die Frage gestellt hatte, behaftete ihn sofort bei dieser Erklärung und leistete dann den Beweis der schon einmal erfolgten Bestrafung des Zeugen. Darauf klagte sie die 1000 Fr. gegen ihn ein. Der Beklagte bestritt die Forderung, weil es sich um eine Wette handle, die nach OR unklagbar sei. Das Gericht verurteilte ihn zur Bezahlung der 1000 Fr.

Gründe: Der Rechtstitel, auf welchen sich der Kläger stützt, heisst Auslobung, er ist ein obligatorischer Vertrag, bestehend in der Vereinbarung zweier Willenserklärungen. Die Erklärung des einen Kontrahenten ist darauf gerichtet, dass er Schuldner sei und seinen Willen dem Willen des andern Kontrahenten unterwerfen wolle, während die Erklärung des andern Kontrahenten darauf abzielt, dass er diesen Willen ergreife. Diese Erklärung muss nicht unbedingt an diejenige Person gerichtet werden, welche durch die Annahme derselben den Vertrag zum Abschluss bringt, sondern sie kann auch an eine unbestimmte Person gerichtet sein . . . . . Im heutigen Falle wurde das Versprechen öffentlich vor versammeltem Gerichte abgegeben und war ein ernstliches; dem Versprechen lag ein wirklicher Verpflichtungswille zu Grunde, der Zeuge wusste, dass sein Zeugnis für die Entscheidung des Prozesses von Wichtigkeit sei und dass sein Leumund, da er abgestraft, auch sein Zeugnis abschwächen werde; deshalb erliess er die Auslobung. Auf der andern Seite liegt eine Erklärung des andern Kontrahenten vor, dass er den Willen ergreift, und durch die Vorlage des rechtskräftigen Strafurteils über den Beklagten hat der Kläger die Leistung erfüllt und daher den

Anspruch auf den ausgelobten Preis von 1000 Fr. erworben. — Von einer Wette kann schon aus dem Grunde nicht die Rede sein, weil in einem solchen Falle beide Teile einen Einsatz zu machen haben, was aber hier nicht geschehen ist.

(Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kts. Zug an den Kantonsrat über die Rechtspflege des Jahres 1906, S. 30 f.)

---

20. *Contrat d'assurance conclu au profit d'un tiers. Le droit à l'assurance appartient bien au tiers-bénéficiaire, Art. 128 CO, mais contre restitution aux créanciers des primes payés par le stipulant alors qu'il était déjà insolvable.*

Neuchâtel, Jugement du Tribunal cantonal du 10 octobre 1906 d. l. c. Grandy c. masse Grandy.

Michel Grandy avait contracté auprès de la „Caisse paternelle", compagnie anonyme d'assurance, à Paris, une police d'assurance pour le capital de frs. 3000, payable lors de son décès „à son épouse M. G. ou à son défaut aux héritiers légitimes du contractant." La prime annuelle était de frs. 148.15.

Après sa mort, sa succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire. La police a été comprise dans l'actif de la masse. La veuve G. s'est inscrite au passif en qualité de bénéficiaire de la police, mais la masse a écarté cette production. C'est pourquoi veuve G. a formé la demande de reconnaître en sa faveur le droit à la police contractée par M. G. à la Compagnie d'assurance pour un capital de frs. 3000. La masse bénéficiaire, défenderesse, a conclu à ce que la demanderesse n'a aucun droit sur l'indemnité d'assurance due par la Caisse paternelle, qui doit être affectée au paiement des créanciers admis au bénéfice d'inventaire.

Le Tribunal cantonal a reconnu le droit de veuve G. à l'assurance contre remboursement aux créanciers des primes payés par le stipulant dans l'état d'insolvabilité.

Motifs: Attendu que la législation neuchâteloise ne contenant pas de dispositions spéciales sur le contrat d'assurance, il y a lieu d'appliquer en cette matière les principes généraux du Code fédéral des obligations, art. 896 CO.

Attendu que, selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le contrat d'assurance qui prévoit que la somme assurée sera payée à un tiers expressément désigné dans la police, constitue une stipulation pour autrui, au sens de l'art. 128 CO, de telle sorte qu'alors même que le droit à l'assurance ne s'ouvre qu'à la mort du contractant, ce droit n'appartient pas à la succession de ce dernier, mais bien au tiers ex jure proprio (Trib. féd. XVII 707, XIX 286, XX 111, 186 et 1052).

Attendu que c'est par conséquent avec raison que la demanderesse réclame à la masse la somme due sur la police litigieuse.

Mais attendu que s'il est vrai que le contrat d'assurance stipulé au profit d'un tiers est une opération parfaitement licite et conforme à la nature des choses et ne peut pas, dès lors, être considéré comme constituant, en principe, un enrichissement illégitime du tiers bénéficiaire au préjudice des créanciers du contractant défunt, il est des cas cependant où pareil enrichissement existe, non pas jusqu'à concurrence du capital payé par l'assureur au bénéficiaire — car la succession du défunt ne saurait être appauvrie d'un capital qui n'a jamais fait partie du patrimoine de ce dernier — mais jusqu'à concurrence du montant des primes payées par lui à la Compagnie précisément pour assurer au tiers l'avantage de ce capital. La doctrine et la jurisprudence françaises actuelles qui sont nullement en opposition avec les principes généraux du CO font à cet égard la distinction (voir P. Dupuich, traité pratique de l'assurance sur la vie, No. 217, p. 412 ss.) que le contractant s'est appauvri et a droit d'être indemnisé par le bénéficiaire, chaque fois que le paiement des primes a consommé une diminution effective de son patrimoine, à raison, par exemple, d'un prélèvement sur son capital ou sur des revenus excédant notoirement ses besoins et qui, à ce titre, auraient légitimement dû être employés à l'acquit de ses dettes.

. . . .

Attendu qu'il ressort des actes que le contrat d'assurance a été conclu en un moment où la situation financière de M. G. commençait certainement à être obérée, puisque c'est alors qu'il cessa de payer les primes d'une autre police; et la preuve que cette situation ne s'est jamais améliorée résulte surabondamment du fait que dès lors M. G. a été constamment l'objet de poursuites de la part de ses créanciers.

Attendu qu'il ressort de ces faits que M. G. a dû, pour payer les primes de la police, employer des sommes qu'il avait l'obligation d'affecter au paiement de ses dettes, qu'il a ainsi fait acte de libéralité envers les bénéficiaires de l'assurance au mépris de ses obligations envers ses créanciers; qu'en d'autres termes, il a illégitimement enrichi ceux-là au détriment de ceux-ci.

Attendu qu'à teneur de l'art. 70 CO celui qui, sans cause légitime, s'est enrichi au dépens d'autrui, est tenu à restitution.

(Jugements du Tribunal cantonal de Neuchâtel, VII p. 76 ss.)

---

21. *Unfallversicherung. Verschweigung von Tatsachen, die laut Fragebogen zu beantworten waren. Erheblichkeit dieser Tatsachen.*

Luzern. Urteil des Obergerichts vom 9. Juni 1906.[1])

E. B. war bei der Basler Lebensversicherungsgesellschaft gegen die Folgen körperlicher Unfälle versichert. Am 26. März 1905 verunglückte er bei einer Skitour auf den Brisen und fand dabei den Tod. Sein Vater klagte gegen die Gesellschaft die Versicherungssumme von 5000 Franken ein. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage 1. auf Grund Verwirkung des Anspruchs wegen Nichteinhaltung der in § 10 der „Allgemeinen Versicherungsbedingungen" aufgestellten Klagefrist von drei Monaten nach verweigerter Entschädigungsleistung; 2. gestützt auf § 2 der „Allgemeinen Bedingungen", wonach Unfälle, welche durch Radfahren, Jagen, Reiten und sonstigen Sport entstehen, nur auf Grund besonderer schriftlicher Vereinbarung mit der Direktion der Gesellschaft in die Versicherung eingeschlossen werden, eine solche besondere Abmachung aber nicht stattgefunden habe. Ferner berief sich die Beklagte auf Ziffer 6 a und c des Fragebogens, lautend: Betreiben Sie Nebenbeschäftigungen, eventuell welche? oder Leibesübungen, wie Turnen, Reiten, Selbstkutschieren, Jagen, Gebirgstouren und dergleichen? Soll sich die Versicherung auch auf diese Nebenbeschäftigungen erstrecken? Der Verunglückte habe auf diese Fragen verneinende Antworten gegeben.

Das Civilgericht verurteilte die Beklagte, weil es annahm, der Unfall sei beim Aufstieg auf den Brisen passiert, also nicht in Ausübung des Skisportes. Das Obergericht dagegen wies die Klage ab.

G r ü n d e : 1. (Klagverjährung.) Die Klage ist rechtzeitig eingereicht worden. Die dreimonatliche Frist läuft vom 17. April 1905 an, von welchem Tage die ausdrückliche Ablehnung der Entschädigungspflicht seitens der Generalagentur der Beklagten datiert. Als letzter Tag der Frist und nach Analogie von Art. 88 Ziffer 3 und Art. 89 OR gilt also der 17. Juli 1905. An diesem Tage aber ist die Klageinreichung erfolgt. Damit hat der Kläger der erwähnten Vertragsbestimmung nachgelebt.[2])

2. (Anzeigepflicht.) Mit dem Vorderrichter ist zu konstatieren, dass das Skifahren, wie es hierzulande ausgeübt wird, sich als Sport darstellt. Als solchen lassen sich etwa bezeichnen zur körperlichen Kräftigung vorgenommene Leibesübungen,

[1]) Vergl. auch oben Nr. 16.
[2]) Die Frage, ob solche Vertragsbestimmungen nicht durch Art. 148 OR von vorneherein ungültig erklärt sind, scheint sich das Gericht gar nicht vorgelegt zu haben.

welche einen gewissen Reiz bieten und daher zur Liebhaberei als Nebenbeschäftigung betrieben werden. Diese Begriffsmerkmale dürften beim Skifahren in hiesiger Gegend zutreffen; denn von einem ordentlicherweise zur Verwendung kommenden Mittel zur Fortbewegung kann bei unsern geographischen Verhältnissen kaum die Rede sein. Der Skiklub Luzern selber, dessen Mitglied E. B. war, bezeichnet in § 1 seiner Statuten als seinen Zweck die Hebung und Förderung des Skisports. . . . .

Demnach war E. B., sofern er bereits zur Zeit des Abschlusses des Versicherungsvertrages das Skifahren betrieben hatte, anzeigepflichtig gewesen, und, sofern er diesen Sport erst nachher zu treiben anfing, musste er sich bei der Beklagten um deren schriftliche Zustimmung zu der Erstreckung der Police auf das Skifahren bewerben. Dies gemäss § 5 Abs. 1 der „Allgemeinen Versicherungsbedingungen“, wonach alle Aenderungen in den im Versicherungsvertrage angegebenen Verhältnissen, welche für den Versicherten eine erhöhte Gefahr mit sich bringen, den Versicherungsvertrag für die Gesellschaft stillschweigend aufheben, wenn nicht eine Verständigung dieserhalb mit ihr stattgefunden und sie ihre Zustimmung zur Fortsetzung der Versicherung schriftlich erklärt hat. Dass es sich beim Skisport um eine nach Massgabe des Versicherungsvertrages relevante Tatsache handelte, beweisen oben angeführte Ziffer 6 litt. a und c des Fragebogens und § 2 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen. . . . .

Was die Annahme der Vorinstanz betrifft, dass der Unfall, weil im Aufsteigen auf den Berg erfolgt, nicht durch Ausübung des Skisportes hervorgerufen worden sei, indem erst beim Absteigen das Charakteristische des Skifahrens, das Abwärtsgleiten des Fahrers vermöge seiner Schwere, ohne eigenes Beitragen ausser dem Steuern und Anhalten, auf einer abschüssigen Stelle, zu Tage trete, so hält man hierorts diese Distinktion für in der Natur der Sache und in den tatsächlichen Feststellungen über den Hergang nicht für zutreffend. Die Skitour vom 26. März ist als ein ganzes, zur Verwirklichung des Hauptzweckes des Skiklubs Luzern inszeniertes Unternehmen anzusehen. E. B. hatte bereits im Aufsteigen die Ski angeschnallt und machte hievon Gebrauch im Momente des Unfalls; er war auch schon damals den mit dem Skifahren verbundenen Gefahren, wenn auch wohl nicht in dem Masse, wie bei der Talfahrt, ausgesetzt, zumal an der wenige Meter unterhalb des Berggrates, wo die Lawine sich losgelöst, liegenden Unfallstelle. Der Gedanke an die Ausübung des Skisportes durch B. beim kritischen Anlasse lässt sich nicht mit Grund von der Hand weisen. (Verhandl. d. Obergerichts u. s. w. v. J. 1906, S. 50 ff.)

---

22. *Geltendmachung einer Kaufpreisforderung im Konkurse des Käufers gegen Anerbietung der Lieferung der gekauften Ware. Unzulässigkeit des Erfüllungsanspruchs, Umwandlung in eine Forderung auf das Erfüllungsinteresse. Art. 211 des B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889.*

Zürich. Urteil der I. Appellationskammer vom 4. Juli 1906.

S. meldete im Konkurse des F. eine Kaufpreisforderung an für 1000 Pakete Aepfelthee, zu deren Bezug sich F. verpflichtet, die er aber vor Ausbruch des Konkurses nicht mehr bezogen hatte. Die Konkursmasse bestritt diese Forderung, da sie nicht zur Abnahme der Ware angehalten werden könne; der Kläger müsse daher eine Schadenersatzforderung zur Kollokation anmelden. — Die I. Appellationskammer schützte diese Einrede und verwarf die auf Kollokation der Forderung gerichtete Klage „angebrachtermassen“ mit folgender Begründung:

1. Es handelt sich, da über die klägerische Forderung an sich und im Quantitativ kein Streit besteht, im Prozesse lediglich um die Frage, ob dieselbe im Konkurse als gewöhnlicher Erfüllungsanspruch auf Bezahlung des Kaufpreises für die bestellte, aber noch nicht abgenommene Ware, geltend gemacht werden könne, oder ob die Kläger lediglich ihr Interesse an der Erfüllung des Vertrages im Konkurse zu liquidieren berechtigt seien. Das SchKG enthält keine die Frage direkt entscheidende Bestimmung. Aus Art. 211 Abs. 2 des Gesetzes ergibt sich aber, dass die Konkursverwaltung zwar das Recht, aber nicht die Pflicht hat, die zur Zeit der Konkurseröffnung bestehenden Verpflichtungen des Gemeinschuldners zu erfüllen. Dieser Grundsatz gilt nicht nur für die in Art. 211 Abs. 1 genannten „Forderungen, welche nicht eine Geldzahlung zum Gegenstande haben“, sondern findet Anwendung auf alle Verpflichtungen aus zweiseitigen Verträgen, die zur Zeit der Konkurseröffnung ganz oder teilweise noch nicht erfüllt sind (vergl. Jäger, z. Art. 211 SchKG Nr. 5). Die Konkursverwaltung hat also die Wahl, ob sie in den noch nicht abgewickelten Vertrag eintreten, denselben für die Masse übernehmen will, in welchem Falle der Anspruch des Gegenkontrahenten auf Erfüllung zu einer Forderung an die Masse wird; sie kann aber auch die Uebernahme des Vertrages und damit die Erfüllung desselben ablehnen; in diesem Falle verwandelt sich der Anspruch des dritten Gläubigers auf Erfüllung in einen solchen auf das Erfüllungsinteresse, das nach Art einer Schadenersatzforderung zu berechnen ist, wenn auch die sonstigen Voraussetzungen

einer solchen (Verschulden des Verpflichteten, vorgängige Rücktrittsandrohung etc.) nicht vorzuliegen brauchen. Dieses Interesse besteht in dem Werte der vom Kridar geschuldeten Leistung abzüglich des Wertes der dem Gläubiger ersparten Gegenleistung, die zu diesem Zwecke zu liquidieren bezw. in Geld zu veranschlagen ist. — Würde man in einem solchen Falle dem Gläubiger einfach das Recht einräumen, unter Anerbietung der Gegenleistung seine volle Forderung im Konkurse geltend zu machen, trotzdem die Konkursverwaltung die Erfüllung ablehnt, so würde er unter Umständen auf Kosten der übrigen Gläubiger bereichert, oder es würde die Konkursverwaltung im Interesse derselben gleichwohl zur Annahme der Erfüllung gezwungen.

2. Diese Grundsätze, die allerdings im Gesetze nirgends einen klaren Ausdruck gefunden haben, ergeben sich aus dem Begriffe der konkursrechtlichen Liquidation, die jede Effektiverfüllung ausschliesst, soweit sie nicht im Interesse der Masse als Gesamtheit der Gläubiger liegt. Der Entwurf des Bundesrats zum SchKG von 1886 enthielt (in Art. 217 und 220) bezügliche Bestimmungen, die später wohl nur deshalb aus dem Gesetze weggelassen wurden, weil man annahm, sie ergeben sich schon aus dem in Art. 211 niedergelegten Prinzip in Verbindung mit allgemeinen konkursrechtlichen Grundsätzen (vergl. Weber und Brüstlein 1. Aufl. S. 263). Auch im deutschen Konkursrecht sind dieselben, trotzdem die Fassung des § 17 KO ebenfalls unvollständig ist, in Theorie und Praxis anerkannt (vergl. Kohler, KO § 30. Jäger, Komm. zur KO § 17 Anm. 43 ff.).

3. Aus dem Gesagten ergibt sich die Abweisung der klägerischen Forderung, die lediglich als Kaufpreisforderung geltend gemacht und begründet worden ist. Es bleibt dabei dem Kläger vorbehalten, seinen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse neuerdings im Konkurse anzumelden und — im Falle der Bestreitung — zum gerichtlichen Austrag zu bringen.

(Blätter f. zürch. Rechtsprechung, VI S. 183 f.)

---

23. *Schadensersatzforderung des Pächters wegen Aufhebung des Pachtvertrags infolge Konkurses des Verpächters. Massa- oder Konkursforderung? Art. 211 B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889.*

Bern. Urteil des App.- und Kass.-Hofes vom 8. Februar 1907 i. S. Hoffmann c. Massa Leuenberger.

Aus den Entscheidungsgründen ist hier folgendes herauszuheben:

Durch den Eintritt des Konkurses der Verpächterin ist das Pachtverhältnis nicht eo ipso dahingefallen, wenn auch das Pachtobjekt zur Masse gezogen wurde. Die Masse ist nicht neuer Erwerber im Sinne von Art. 281 bezw. 314 OR, sie kann deshalb dem Pächter auch nicht kündigen, sondern sie muss demselben das Pachtobjekt bis auf weiteres gegen Bezahlung des Pachtzinses zur Benutzung überlassen.

Da nun aber der Zweck des Konkursverfahrens die Verwertung des Massavermögens erheischt, so kommt die Konkursverwaltung bei der Veräusserung eines zur Masse gehörenden Pachtobjekts in den Fall, sich darüber schlüssig zu machen, ob sie den Pachtvertrag dem neuen Erwerber überbinden will oder nicht, denn zu einer solchen Ueberbindung ist sie nur berechtigt, nicht verpflichtet.

Wird der Pachtvertrag nicht überbunden, so gibt die Konkursverwaltung damit zu erkennen, dass sie die Verpflichtungen des Gemeinschuldners aus dem betreffenden Vertrag nicht übernehmen will, und der Pächter kann daher seinen Schadensersatzanspruch gegenüber dem Verpächter nur noch als Konkursforderung in dessen Konkurse geltend machen (nicht als Massaforderung, denn in diesem Falle steht die Massa ihm gegenüber in keinerlei Schuldverhältnis).

Die gegenteilige Auffassung gerät schon mit dem Grundsatz in Konflikt, dass die Gesamtheit der Gläubiger nicht eo ipso durch die Konkurseröffnung in Rechte und Pflichten aus einem Vertragsverhältnis des Gemeinschuldners eintritt, sondern erst dann, wenn sie solche übernimmt . . . . .

Wenn der Kläger heute ausgeführt hat, die Schadensersatzforderung sei schon deshalb eine Massaschuld, weil sie erst nach dem Ausbruche des Konkurses über die Verpächterin zur Existenz gelangt sei, so ist dem gegenüber zu betonen, dass die klägerische Schadensersatzforderung sich lediglich als Konsequenz des Konkurses der Verpächterin darstellt, in Verbindung allerdings mit der Tatsache der Nichtüberbindung des Pachtvertrages an den neuen Erwerber seitens der Konkursverwaltung. Die Entstehung der klägerischen Schadensersatzforderung gegenüber der Verpächterin war m. a. W. an den Eintritt einer Suspensivbedingung — Nichtüberbindung des Pachtvertrages — geknüpft, was aber deren Eingabe und Zulassung im Konkurse der Verpächterin nicht im Wege stand (s. Art. 210 SchKG).

Folgt dann noch eine Auseinandersetzung mit Hafner (zu Art. 211 SchKG) und Jäger (Note 5 zu Art. 211 SchKG).

(Zeitschr. d. bern. J.-V., XLIII S. 606 ff.)

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

24. B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 56. Berufung an das Bundesgericht, Zulässigkeit: Zivilrechtsstreitigkeit. Eine Streitigkeit über Rückerstattung zu viel bezahlter Steuern ist eine Streitigkeit öffentlichrechtlicher Natur, die demgemäss der Kompetenz des Bundesgerichts als Berufungsinstanz nicht untersteht. Die Anwendung der Bestimmungen des OR über ungerechtfertigte Bereicherung ändert daran nichts.

B. hatte gegen den Kanton Zürich Klage auf Rückerstattung zu viel bezahlter Erbschaftssteuern angehoben, und die zürcherischen Gerichte hiessen die Klage unter Anrufung der Bestimmungen des zürcherischen Erbschaftssteuergesetzes vom 20. Februar 1870 und der Vorschriften des OR über ungerechtfertigte Bereicherung gut. Auf die gegen das letztinstanzliche kantonale Urteil vom Beklagten ergriffene Berufung ist das Bundesgericht nicht eingetreten, mit folgender Begründung:

1. Wie das Bundesgericht schon in einem Urteil aus dem Jahre 1888 (AS **14** S. 141 f.) erkannt hat, handelt es sich bei der Rückforderung nicht geschuldeter Steuerbetreffnisse um eine öffentlichrechtliche und somit der Berufung an das Bundesgericht nicht unterstehende Streitigkeit. Denn es muss bei der Prüfung der Begründetheit des Rückforderungsanspruches genau die gleiche Frage untersucht werden, wie bei der Beurteilung eines vom Staate gegen den Steuerpflichtigen erhobenen Anspruchs auf Zahlung der Steuer, die Frage nämlich, ob der Steueranspruch nach der Steuergesetzgebung des betr. Kantons begründet sei. Dies ist aber stets eine Frage des öffentlichen Rechts und zwar auch dann, wenn, wie dies im Kanton Zürich bei der Erbschaftssteuer der Fall zu sein scheint, die Beurteilung der Frage der Steuerpflicht den Zivilgerichten zugewiesen ist; denn hiedurch wird selbst-

verständlich an der Natur des streitigen Anspruchs nichts geändert.

2. Nun scheint es freilich nahe zu liegen, bei Steuerrückforderungsklagen einerseits zwar die Frage, ob eine Nichtschuld bezahlt worden sei (m. a. W. die Frage nach dem Bestehen oder nach dem Umfang der Steuerpflicht) als dem öffentlichen Rechte angehörend zu betrachten, anderseits aber dem Zivilrecht diejenigen Fragen vorzubehalten, welche sich auf die übrigen Requisite der Bereicherungsklage, speziell der in Art. 72 OR vorgesehenen condictio indebiti, beziehen; so also z. B. die Frage, ob der Zahlende sich über seine Schuldpflicht im Irrtum befunden habe, ob und in welchem Masse der Empfänger zur Zeit der Rückforderung noch bereichert sei, ob er schon beim Empfange nicht in gutem Glauben gewesen sei, ob und von wann an er Verzugszinsen zu bezahlen habe, ob der Rückforderungsanspruch verjährt sei u. s. w. Es gibt denn auch in der Tat Fälle, in denen diese und ähnliche Fragen als dem Zivilrechte angehörend zu betrachten sind, trotzdem die Frage, ob eine Nichtschuld bezahlt worden sei, ins Gebiet des öffentlichen Rechtes fällt (vergl. AS **32** II S. 634 Erw. 2). Wo es sich aber, wie bei Steuerrückforderungsklagen, um Rechtsbeziehungen zwischen einander nicht gleich geordneten, sondern im Verhältnis der Unter- bezw. Ueberordnung stehenden Rechtssubjekten handelt, ist davon auszugehen, dass das öffentliche Recht auch über jene, sonst der Kondiktionenlehre angehörenden Fragen allein die entsprechenden Grundsätze aufstellen kann, und zwar in einer von derjenigen des Obligationenrechts abweichenden Art und Weise, so z. B. den Nachweis eines entschuldbaren Irrtums verlangen oder die Zinspflicht des Staates ausschliessen oder für den Rückforderungsanspruch eine kürzere Verjährungsfrist vorsehen kann. Solche abweichende Bestimmungen über die Rückforderung von Steuern sind gewiss ebenso zulässig, wie es die Bestimmung wäre, die Rückforderung bezahlter Steuern sei überhaupt ausgeschlossen. In all diesen Fällen handelt es sich eben im weitern Sinne um den Umfang und die Natur der Steuerpflicht des Bürgers, also um eine zweifellos dem öffentlichen Rechte angehörende Materie.

Allerdings sind nun in casu von den beiden Vorinstanzen diese letztern Fragen nach den Normen des OR über die Bereicherungsklage entschieden worden; aber dadurch konnte natürlich so wenig die Zuständigkeit des Bundesgerichtes begründet werden, als durch eine Anwendung der allgemeinen obligationenrechtlichen Bestimmungen auf ein vom OR aus-

drücklich dem kantonalen Rechte vorbehaltenes Rechtsgeschäft, z. B. den Liegenschaftenkauf. Im einen wie im andern Falle handelt es sich dabei nur um eine subsidiäre Anwendung des eidgenössischen Rechtes an Stelle mangelnder ausdrücklicher Bestimmungen des kantonalen Rechts. (Entsch. vom 15. Nov. 1907 i. S. Kanton Zürich c. Bodmer.)

---

25. *Berufung an das Bundesgericht, Zulässigkeit: Streitwert. Streitwert bei Kollokationsstreitigkeiten im Konkurse. — B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 59; 60 Abs. 1. B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889, Art. 250.*

Ueber G.-H. war in St. Gallen Konkurs durchgeführt worden, wobei die Beklagten Verlustscheine erhalten hatten. In der Folge wurde auf Betreibung der Kläger hin ein neuer Konkurs über G.-H. in Chur eröffnet. In diesem meldeten die Beklagten ihre Konkursverlustscheinforderungen in V. Klasse an und die Konkursverwaltung schützte sie hiebei. Dagegen verlangten die Kläger Wegweisung der Beklagten aus dem Kollokationsplan in der Meinung, dass die Beklagten erst nach voller Befriedigung der Kläger und eventuell der andern neuen Gläubiger zuzulassen seien. Das Bundesgericht, an das die Streitsache in Folge Berufung der Kläger gelangte, hat sich über den Streitwert in grundsätzlicher Beziehung wie folgt ausgesprochen:

Aus den Gründen:

(2.) Die Kläger verlangen mit der Klage nicht schlechthin Wegweisung der Beklagten aus dem Kollokationsplan des G.-H., sondern Zulassung erst nach voller Befriedigung der Kläger; ihr rechtlicher Standpunkt ist der, dass dann, wenn ein neuer Konkurs, auf Grund von Art. 265 SchKG, über den Gemeinschuldner eröffnet worden sei, in diesem Konkurs zunächst die neuen Gläubiger, unter Ausschluss der Verlustscheinsgläubiger zuzulassen seien, und die Verlustscheinsgläubiger (aus dem früheren Konkurs) erst zuzulassen seien nach voller Befriedigung der neuen Gläubiger. (Vergl. über diese — kontroverse — Frage: einerseits Jaeger, Komm. S. 472, Anm. 8 a zu Art. 265, und Brüstlein im Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs S. 142, anderseits Brand in gen. Archiv **10** S. 50 ff.) Danach handelt es sich um einen Kollokationsstreit im Konkurse; aber bestritten ist bei diesem Kollokationsstreit besonderer Art nicht der Bestand der an-

gefochtenen Forderungen (d. h. der Forderungen der Beklagten), sondern die Zulassung in dem beanspruchten Range, als gleichberechtigt mit den Klägern.

(3.) Die Praxis des Bundesgerichts hinsichtlich des Streitwertes bei Kollokationsstreitigkeiten im Konkurse ist nun nicht vollständig konsequent. Als feststehende Praxis lässt sich indessen zunächst der Satz aufstellen, dass dann, wenn der Bestand der Forderungen eines Gläubigers angefochten ist — sei es von der Konkursverwaltung, in welchem Fall der Ansprechende die Klage gegen die Masse zu richten hat, sei es von einem Gläubiger, in welchem Fall sich die Klage gegen den zugelassenen Gläubiger richtet —, der Betrag der angefochtenen Forderung (im ersten Fall des Klägers, im zweiten Fall des Beklagten) den Streitgegenstand bildet. Vgl. AS **19** S. 840 Erw. 2;[1]) **22** S. 880 Erw. 2; **26** II S. 192 Erw. 1;[2]) **27** II S. 71 Erw. 2 und S. 276 Erw. 1; **32** II S. 146 Erw. 1. (So auch Jaeger, Komm. S. 453, Anm. 5 zu Art. 250.) Was dagegen den Fall betrifft, dass der Rang einer Forderung streitig ist, so hat die Praxis des Bundesgerichts sich nicht immer im nämlichen Sinne ausgesprochen. Während nämlich eine Anzahl der angeführten Entscheide, so namentlich AS **26** II S. 192 Erw. 1 und **32** II S. 146 Erw. 1, auch für diesen Fall auf den Betrag der eingegebenen und (dem Rang nach) bestrittenen Forderung abstellen, sprechen sich andere Entscheide: AS **21** S. 283 Erw. 3 und 291 Erw. 3 — dahin aus, dass in diesem Falle sich der Streitwert bestimme nach der Differenz zwischen dem Konkursbetreffnis des Ansprechers nach dem ihm im Kollokationsplan zugewiesenen und dem beanspruchten Rang (bei Klage des Ansprechers gegen die Masse) bezw. (bei Klage eines Gläubigers gegen den andern) zwischen dem ihm zugewiesenen Rang und dem Rang, in den der Kläger ihn zulassen will. Nur diese letzte Ansicht, die auch von Jaeger a. a. O. vertreten wird, und die sich in den Entscheiden findet, in denen die Frage ex professo zu erörtern war, erscheint als die zutreffende. (S. dazu auch Favey, Les conditions du recours de droit civil, in Journal des Tribunaux **45** (1907) S. 428 f., Sep.-Abzug S. 70 f.) (Entsch. vom 26. Oktober 1907 i. S. Sprecher und Kunz c. Eigenmann und Kons.)

---

[1]) Revue **12** Nr. 2.
[2]) Revue **18** Nr. 73.

26. B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 59; 53 Abs. 2. Berufung an das Bundesgericht. Zulässigkeit: Streitwert.

1. Hat der auf Feststellung der Rechtsverbindlichkeit eines Vertrages klagende Kläger sein Interesse an der Nichterfüllung durch eventuelle Forderung einer bestimmten Geldsumme beziffert, so fällt für die Berechnung des Streitwertes nur diese Forderung, nicht der Vertrag selbst in Betracht.

2. Forderungen, die vom Kläger für zwei verschiedene Eventualitäten aufgestellt worden sind, dürfen zur Berechnung des Streitwertes nicht addiert werden.

M. hatte gegen B. folgendes Rechtsbegehren gestellt:

1. Der Beklagte habe dem Kläger das näher bezeichnete Heimwesen in G. gemäss Vertrag vom 17. Januar 1907 alsbald zu Pacht einzuräumen für die Zeit vom 1. April 1907 bis 20. März 1913, also für sechs Nutzjahre, mit dem Vorbehalt der Aberwahl nach drei Jahren: wobei für den Fall der Nichterfüllung gemäss § 89 CPO eine Geldsumme von 2000 Franken gesetzt werde.

2. Der Beklagte habe dem Kläger für jede Woche des Verzuges der Einräumung eine Entschädigung von 20 Franken zu bezahlen, vom 1. April 1907 an gerechnet.

3. Sollte das Begehren auf Erfüllung des Vertrages nicht gutgeheissen werden, so habe der Beklagte an den Kläger eine Entschädigung von 2000 Franken zu leisten, verzinslich seit dem Tage der Klageanhebung zu 5 %.

Der Beklagte anerkannte in der Antwort einen Betrag von Fr. 550 (d. i. einen Jahreszins). Gegen das die Klage nur im Betrage von 700 Fr. gutheissende letztinstanzliche kantonale Urteil ergriff der Kläger die Berufung an das Bundesgericht. Dieses ist auf die Berufung nicht eingetreten. Begründung:

1. Wäre die Klage einfach auf Feststellung der Rechtsverbindlichkeit des in Frage stehenden Pachtvertrages gerichtet, so wäre, da dieser Pachtvertrag nach der Behauptung des Klägers auf sechs Jahre abgeschlossen wurde, der Streitwert im Sinne von Art. 59 OG gleich dem sechsfachen jährlichen Pachtzins, abzüglich der vom Beklagten anerkannten 550 Fr. und zuzüglich der Entschädigungsforderung von ursprünglich 20 Fr. für jeden Tag des Verzuges, also jedenfalls gleich einem Betrag von über 2000 Franken. Vergl. AS 11 S. 220 Erw. 2, 14 S. 325, 15 S. 335 f Erw. 2.

Nun hat aber der Kläger gleich zu Beginn des Prozesses „für den Fall der Nichterfüllung“ ausdrücklich eine bestimmte Geldsumme verlangt, d. h. sein Interesse an der Er-

füllung auf einen bestimmten Betrag beziffert. Damit ist er nicht nur der Vorschrift des von ihm zitierten § 89 der soloth. CPO, sondern auch derjenigen von Art. 53 Abs. 2 OG nachgekommen. Und da nun die vom Kläger angegebene Summe nur 2000 Fr. beträgt, der Beklagte aber hievon schon vor dem erstinstanzlichen Richter 550 Fr. anerkannt hat, so ergibt sich als Streitwert im Sinne von Art. 59 OG ein Betrag von nur Fr. 1450. —.

2. Allerdings hatte der Kläger ausser auf Haltung des Pachtvertrages bezw. Zahlung von 2000 Fr. noch auf Zahlung von 20 Fr. für jeden Tag des Verzuges geklagt. Indessen bezog sich dieses letztere Rechtsbegehren naturgemäss doch nur auf den Fall, dass der Beklagte den Vertrag, wenn auch vielleicht erst infolge des vom Kläger angestrebten Urteils, so doch immerhin schliesslich noch erfülle, also auf einen Fall, in welchem jene Entschädigung von 2000 Fr. nicht zur Auszahlung gelangen sollte. Es geht aber selbstverständlich nicht an, bei der Bemessung des Streitwertes zwei Forderungen zu addieren, welche vom Kläger für zwei ganz verschiedene Eventualitäten aufgestellt worden sind.

Der Streitwert beträgt somit nach Massgabe der beidseitigen Begehren vor I. Instanz in der Tat nur 1450 Fr., woraus sich die Unzulässigkeit der vorliegenden Berufung ergibt. (Entsch vom 16. November 1907 i. S. Müller c. Burkhardt.)

---

27. *Berufung an das Bundesgericht; Zulässigkeit: Streitwert. Kollokationsstreitigkeit im Konkurse. Bei Streitigkeit über den Rang einer Forderung ist massgebend die Differenz zwischen der Konkursdividende nach dem beanspruchten und dem zugewiesenen (bezw. dem zugewiesenen und dem nach Klage anzuweisenden) Range. Dabei ist gegebenen Falls auf die Auskunft des Konkursamtes abzustellen. — B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 59. B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889, Art. 250.*

Aus dem Urteil:

Da sich aus den Feststellungen des kantonalen Urteils sowohl als aus den demselben zu Grunde liegenden Akten . . . und übrigens auch aus der Berufungserklärung . . . ergibt, dass in der erstinstanzlichen Hauptverhandlung nur noch die Frage streitig war, ob der Betrag von Fr. 2350.95 in I. oder V. Klasse zu kollozieren sei, so bestimmt sich der für die Frage der Zulässigkeit der Berufung massgebende Streitwert

nach der Differenz zwischen dem Betrage, welcher auf obige Forderung von Fr. 2350.95 bei Kollozierung derselben in I. Klasse, und demjenigen Betrage, welcher auf dieselbe bei Kollozierung in V. Klasse voraussichtlich entfallen wird. Nach der Auskunft des Konkursamtes Z., auf dessen Erklärung in dieser Beziehung einzig abgestellt werden kann, wird nun das Ergebnis in I. Klasse 100 %, d. i. Fr. 2350.95, und das Ergebnis in V. Klasse mindestens 15 %, d. i. Fr. 352.65, betragen. Der Streitwert beläuft sich somit auf Fr. 2350.95 — Fr. 352.65 = Fr. 1998.30, und bleibt also unter dem nach Art. 59 OG für die Berufung an das Bundesgericht erforderlichen Minimum. (Entsch. vom 8. November 1907 i. S. Schmidt c. Konkursmasse Schmidt.)

---

28. *Berufung seitens des Litisdenunziaten neben der Berufung seitens der Hauptpartei. Einfluss des Rückzuges der Berufung der Hauptpartei auf das Schicksal der Berufung der Nebenpartei. B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 66.*

Gegen ein Urteil des zürcherischen Handelsgerichts war sowohl von dem Beklagten wie von dessen Litisdenunziaten je selbständig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen worden, je mit identischen Anträgen. In der Folge zog der Beklagte seine Berufung zurück. Das Bundesgericht hat hiernach, unter Vormerknahme von diesem Rückzuge, die Berufung des Litisdenunziaten als dahingefallen erklärt.

Begründung:

Es fragt sich, welchen Einfluss der Rückzug der Berufung der Hauptpartei auf die Berufung des Litisdenunziaten ausübe. Die Entscheidung dieser Frage hängt ab von der Rechtsstellung des Litisdenunziaten und der Bedeutung seiner Berufung einerseits, von der rechtlichen Natur der Zurücknahme der Berufung durch die Hauptpartei anderseits. Die Rechtsstellung des Litisdenunziaten zur Hauptpartei nun wird, da die Streitverkündung und der Beitritt zum Streit schon vor der kantonalen Instanz stattgefunden hat, durch das kantonale, hier also durch das zürcherische Prozessrecht bestimmt. Die in Art. 66, Abs. 2, des OG vorbehaltenen Bestimmungen der eidg. CPO über die Streitverkündung beziehen sich nur auf die erst vor Bundesgericht erfolgte Streitverkündung; die vor den kantonalen Gerichten erfolgte Streitverkündung beurteilt sich dagegen in allen Beziehungen nach kantonalem Recht, also auch die Rechtsstellung des Litisdenunziaten im Berufungs-

verfahren vor Bundesgericht. Nach § 251, Abs. 1, RPflG richtet sich die Teilnahme der Litisdenunziaten am Prozesse nach den Vorschriften über die Nebenintervention. Der Nebenintervenient seinerseits steht zur Hauptpartei im Verhältnis des unterstützenden Anschliessers (§ 245, Abs. 1, l. c.); er kann in den Prozess eintreten „wenn die Partei selbst den Prozess nicht fortsetzen oder Beweismittel nicht ergreifen will" (§ 245, Abs. 2). Er „hat den Prozess in der Lage anzunehmen, in der er ihn findet. Er ist berechtigt, das, was er zur Unterstützung und Ergänzung der Vorträge und Beweisführungen der Hauptpartei erforderlich hält, vorzubringen, und es gilt dasselbe, soweit es nicht von dieser ausdrücklich bestritten ist oder mit ihren eigenen Erklärungen und Handlungen im Widerspruche steht, als von ihr selbst vorgebracht" (§ 246). Diesen Bestimmungen ist zu entnehmen, dass der zürcherische Zivilprozess hinsichtlich der Stellung des Nebenintervenienten im wesentlichen auf dem gleichen Standpunkt steht, der der deutschen CPO zu Grunde liegt; vergl. § 245 zürch. RPflG mit § 66 (alt § 63) deutsch. CPO, und § 246 jenes mit § 67 (alt § 64) dieser. Das ist denn auch der Standpunkt der zürcherischen Praxis, wie aus Sträuli, Komm. zum RPflG (I. Teil), Anm. 3 zu § 246 (S. 128) hervorgeht (vergl. auch Meili, der Zivil- und Strafprozess des Bundes und des Kantons Zürich, S. 96 f.). Die theoretische Konstruktion der Stellung des Nebenintervenienten im deutschen CP ist nun freilich kontrovers. (Vergl. u. a. nur: Schultze in Z. f. d. CP **2** S. 20 ff. und von Kries, Rechtsmittel, S. 34 f., wonach der Nebenintervenient „Vertreter der Partei kraft eigenen Rechtes" ist; sodann Petersen, die Stellung des Nebenintervenienten in der von ihm veranlassten Rechtsmittelinstanz, in Z. f. d. CP **24** S. 305 ff., speziell 321 ff., wonach der Nebenintervenient „nicht allgemeiner Vertreter der Partei" ist, aber „innerhalb gewisser Grenzen für sie handeln darf, wenn sie sich untätig verhält"; endlich — abweichend — Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, Bd II. S. 497 ff. (§ 137); speziell S. 508 ff.: er ist „Nebenpartei", hat „die Befugnis, im Prozesse des Geschäftsherrn die Prozessführung zu besorgen.") Mag man sich indessen der einen oder andern dieser theoretischen Konstruktionen anschliessen, so folgt jedenfalls aus dem Wesen der Nebenintervention nach deutschem und danach, nach dem gesagten, auch nach zürch. Prozessrecht, dass ein Vergleich der Hauptpartei mit dem Gegner auch den Nebenintervenienten bindet; vergl. Sträuli und Meili a. a. O., und dazu Rechenschaftsbericht des zürch. Obergerichts pro 1895,

Beil., Nr. 134, Bl. f. zürcher. Rechtsprechung **1** Nr. 246; ebenso die Klaganerkennung durch den Beklagten, dessen Litisdenunziaten: Bl. f. Z. Rspr. **2** Nr. 113. Nach dieser rechtlichen Stellung des Litisdenunziaten (und Nebenintervenienten) könnte zunächst schon zweifelhaft erscheinen, ob er zur Einlegung von Rechtsmitteln neben der Hauptpartei (wie hier) überhaupt befugt sei: Das könnte verneint werden mit der Begründung, der Nebenintervenient habe an der Einlegung eines Rechtsmittels dann, wenn die Hauptpartei selber es eingelegt hat, gar kein Interesse; das Rechtsmittel werde durch die Einlegung seitens der Hauptpartei überhaupt konsumiert; der Einlegung durch den Nebenintervenienten könne gar keine selbständige Bedeutung zukommen, wenigstens für den Fall, dass die Berufung der Hauptpartei gültig eingelegt sei. Indessen ist das Bundesgericht (allerdings in einem Falle, in dem die Berufung der Hauptpartei formungültig eingelegt war: AS **26**, II S. 624 ff.) davon ausgegangen, der Litisdenunziat könne, wenn ihm nach der kantonalen Prozessordnung Parteirechte zustehen, auch neben der Hauptpartei (nicht nur statt ihrer und für sie, worüber für das zürch. Prozessrecht nach § 245 RPflG kein Zweifel bestehen kann) die Berufung ergreifen. Aus dem gedachten Grunde kann daher die Berufung des Litisdenunziaten im vorliegenden Falle nicht als unzulässig zurückgewiesen werden. Wohl aber fragt es sich, ob sie nicht mit der Zurücknahme der Berufung seitens der Hauptpartei dahinfällt. Ueber diese entscheidende Frage ist zu bemerken: Nach jeder der hievor wiedergegebenen Theorien ist das Bestehen der Nebenintervention (hier nicht in Betracht fallende Ausnahmen vorbehalten) abhängig vom Bestand des Prozessrechtsverhältnisses zwischen den Hauptparteien; erlischt dieses, so fällt auch die Nebenintervention dahin. Sofern daher die Zurücknahme der Berufung seitens der Hauptpartei die Beendigung des Prozessrechtsverhältnisses zwischen ihr und dem Gegner bedeutet, erlischt auch die akzessorische Prozessstandschaft des Nebenintervenienten. Jener Prozesshandlung kommt nun in der Tat die gedachte Bedeutung zu. Die Zurücknahme eines Rechtsmittels, im besondern der Berufung, bedeutet, dass das angefochtene Urteil anerkannt wird; es tritt in Rechtskraft, und damit wird das Prozessverhältnis, zu dessen Erledigung es gedient hat, beendigt; die Zurücknahme des Rechtsmittels kommt also dem Abstande vom Prozesse in der Lage, in der er sich zur Zeit der Zurücknahme befindet, gleich. Im Rückzug der Berufung liegt nicht nur die Erklärung der Hauptpartei, die Weiterführung des Prozesses

der Nebenpartei überlassen zu wollen, wozu die Hauptpartei berechtigt wäre und wodurch der gleiche Zustand herbeigeführt würde, wie wenn sie nicht Berufung eingelegt hätte; sondern mit dem der Gegenpartei gegenüber erklärten Rückzug der Berufung disponiert die Hauptpartei über das streitige Rechtsverhältnis zu gunsten der Gegenpartei und diese Erklärung ist für die Gegenpartei rechtswirksam ohne Rücksicht darauf, ob der Erklärende damit die Rechte der Nebenpartei verletzt oder nicht. Damit muss aber die Nebenintervention, sofern sie, wie eben nach zürch. Prozessrecht, nicht zur Streitgenossenschaft führt, notwendig ihr Ende nehmen. (Vergl. dazu u. a. auch: Struckmann und Koch, Komm. zur CPO, § 64 (alt), Anm. 1; Hellwig, a. a. O. S. 500, Anm. 8[a], und S. 502, Anm. 20[a].) Daraus ergibt sich für den vorliegenden Fall, dass mit dem Rückzug der Berufung des Beklagten (der Hauptpartei) die Berufung des Litisdenunziaten dahinfällt; der Prozess ist daher als in diesem Sinn erledigt abzuschreiben, und ein weiteres Verfahren hat nicht stattzufinden. (Entsch. vom 25. Oktober 1907 i. S. Berger und Keller c. Laager.)

Anm. An diesem Entscheide halte ich zunächst den Ausgangspunkt für unrichtig, dass sich die Stellung der Nebenpartei dann, wenn die Streitverkündung und Intervention schon vor der kantonalen Instanz erfolgte, in allen Beziehungen nach den kantonalen Rechtsregeln bestimme. Art. 66 OG — der freilich höchst unklar redigiert ist — behält das kantonale Recht nach zwei Richtungen vor:

a) die Zulässigkeit der Berufung der Nebenpartei wird davon abhängig gemacht, dass der Nebenpartei nach dem kantonalen Gesetze Parteirechte zukommen;

b) für die Statthaftigkeit der Streitverkündung und Intervention ist, sofern sie nicht erst vor Bundesgericht erfolgt, das kantonale Recht massgebend.

Der Vorbehalt sub b erscheint als selbstverständlich. Und indem Art. 66 Abs. 2 die eidgenössischen Bestimmungen vorbehält, kann er sich nur auf die Streitverkündung und Intervention beziehen, die erst vor Bundesgericht erfolgt. Anders scheint mir der Artikel gar nicht verständlich.

Schwieriger verhält es sich mit dem Vorbehalte sub a. Ich glaube aber doch das Gesetz so auslegen zu müssen, dass nur für die Zulässigkeit der Berufung die Abhängigkeit vom kantonalen Rechte gilt. Ist die Berufung hienach zulässig, so muss sich dann aber die Stellung der Nebenpartei nach eidgenössischem Rechte richten. Die Berufung ist ein eidgenössisches Rechtsmittel; grundsätzlich ist daher für die Stellung der Berufungsparteien und für das

Schicksal verschiedener Berufungen zu einander das eidgenössische Recht massgebend; die Vorbehalte zu Gunsten des kantonalen Rechts sind restriktiv auszulegen.

Insbesondere beurteilt sich die Frage, die hier zu entscheiden war: welchen Einfluss der Rückzug der Hauptpartei auf die Berufung der Nebenpartei ausübe, nach eidgenössischem Rechte. Es handelt sich dabei durchaus um die Wirkungen der Ergreifung und des Rückzuges eines eidgenössischen Rechtsmittels. Diese können sich nun doch nicht nach kantonalem Prozessrechte richten.

Es entsteht nach dieser Auffassung freilich die Folge, dass eine Nebenpartei vor Bundesgericht unter Umständen in eine andere Prozessstellung gelangt als vor kantonalem Gerichte — eine Folge der verschiedenartigen Regelung von Streitverkündung und Nebenintervention im Bundescivilprozess und in den kantonalen Prozessen. Aber das scheint mir weniger verletzend, als dass die Stellung der Nebenpartei im Berufungsverfahren von ihrer Stellung nach kantonalem Prozesse abhängig gemacht wird. Streitverkündung und Nebenintervention sind Institute des Prozessrechtes, wenn schon an materielle Voraussetzungen geknüpft. Nur so weit letztere in Frage stehen, sollte grundsätzlich das kantonale Recht eingreifen.

Im vorliegenden Falle wäre darnach Art. 11 BCP für die zu entscheidende Frage die Entscheidungsnorm gewesen. Dabei wäre ein Verfahren nach Abs. 1 eod. wohl kaum nötig gewesen, da der Litisdenunziat durch die Einlegung der Berufung hinlänglich zu erkennen gegeben hatte, dass er den Streit fortsetzen wolle.

Aber aus Abs. 2 eod., wonach der Litisdenunziat nur „Vertreter" des Denunzianten ist, hätte sich wohl die Folge ergeben, dass mit dem Rückzuge der Berufung des Denunzianten auch diejenige des Denunziaten dahinfällt. Dabei wäre immerhin zu untersuchen gewesen, welche Meinung jenem Rückzuge zukomme; das Resultat wäre aber m. E. das gleiche gewesen, wie das im Urteil ausgesprochene. Th. W.

---

29. *Ehescheidung. B.-Ges. betr. Zivilstand und Ehe, v. 24. Dez. 1874, Art. 45 und 47. B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 80.*

1. Ein erst im Berufungsverfahren vor Bundesgericht gestelltes gemeinsames Scheidungsbegehren, nachdem vor den kantonalen Instanzen von dem einen Teil Scheidung aus Art. 47 ZEG beantragt worden war und der andere Teil Abweisung der Klage verlangt hatte, ist als neues Begehren unzulässig.

2. Die Zustimmung des beklagten Teils zur Scheidung aus Art. 47 ZEG ist unerheblich, das Gericht (auch das Bundesgericht) hat die Begründetheit der Scheidung auf Grund dieses Artikels ex officio zu prüfen. (Entsch. vom 12. September 1907 i. S. Eheleute von F.)

---

30. *Ehescheidung. Anwendbarkeit deutschen Rechtes. Haager Uebereinkunft vom 12. Juni 1902, Art. 2 Abs. 1.*

In einer Ehescheidungssache von in Basel wohnhaften deutschen Reichsangehörigen hatten die Basler Gerichte beide Scheidungsklagen abgewiesen, unter Zugrundelegung sowohl des schweizerischen Rechtes als des deutschen BGB, gemäss Art. 2 Abs. 1 der Haager Uebereinkunft betr. Ehescheidung. Das Bundesgericht dagegen hat die Scheidungsklage des Ehemanns gestützt sowohl auf Art. 47 ZEG als auch auf § 1586 DBGB gutgeheissen. Ueber die Kompetenz zur eigenen Anwendung des deutschen Rechts hat es sich dabei wie folgt ausgesprochen:

Art. 2 Abs. 1 der zitierten Uebereinkunft lautet: „Auf „Scheidung kann nur dann geklagt werden, wenn sie in dem „zu beurteilenden Falle sowohl nach dem Gesetze des Heimat„staates der Ehegatten als auch nach dem Gesetze des Ortes, „wo geklagt wird, sei es auch aus verschiedenen Gründen, „zulässig ist.“ Darnach ist der Domizilrichter verhalten, die Zulässigkeit der Scheidung nicht etwa allein nach seinem Rechte oder nach dem Heimatrechte der Ehegatten zu beurteilen, sondern diese Rechte erscheinen hier in eigenartiger Weise dahin kombiniert, dass die Scheidungsvoraussetzungen beider zusammen einen besondern internationalen Scheidungsgrund im Sinne der Uebereinkunft bilden. Art. 2 der letztern ist daher nicht sowohl eine Vorschrift des internationalen Privatrechts, die über das anzuwendende Recht bestimmen würde, sondern eine zwischenstaatliche materielle Rechtsnorm. Der Domizilrichter, bei dem eine Scheidungsklage auswärtiger Ehegatten angebracht ist, wendet bei der Frage nach der Zulässigkeit der Scheidung nicht gleichzeitig die beiden nationalen Rechte an, was bei deren häufigen Nichtübereinstimmung schon praktisch vielfach gar nicht möglich wäre, sondern er wendet eine internationale Scheidungsnorm an, und die Scheidungsvoraussetzungen nach Domizil- und Heimatrecht, auf die Art. 11 zugleich verweist, kommen dabei nicht als nationales Recht, sondern als Bestandteil einer internationalen Rechtsnorm in Betracht. Hieraus folgt aber, dass das Recht des

Heimatstaates der Ehegatten, auf das der kantonale Richter mit abgestellt hat, sich nicht als ausländisches Recht im Sinne des Art. 83 OG darstellt und dass daher die Kognition des Bundesgerichts als Berufungsinstanz sich auch darauf erstreckt, ob die Voraussetzungen der Scheidung nach dem heimatlichen Recht gegeben sind (vergl. A. S. d. bg. E. **33** II 4, wo diese Frage noch offen gelassen wurde). (Entsch. vom 14. Nov. 1907 i. S. Möhrle c. Möhrle.)

---

31. *Unerlaubte Handlung; fahrlässige Körperverletzung. Art. 50, 51, 53 OR.*

1. Widerrechtlichkeit einer Körperverletzung; Begriff der Widerrechtlichkeit.

2. Umfang der Haftung des Verletzers; Kausalzusammenhang. Umfasst die Haftung auch die Folgen einer weiteren, während der Heilung der ersten Verletzung eingetretenen Verletzung (Sturz in ein Kellerloch, Beinbruch; Fallen während der Heilungszeit im Spital, zweiter Bruch an der gleichen Stelle)?

1. Die Haftbarkeit aus Art. 50 OR verlangt vor allem eine widerrechtliche Handlung, und der Vertreter des Beklagten hat in erster Linie ausgeführt, dieses Erfordernis liege nicht vor. Indessen beruht diese Auffassung auf einem rechtsirrtümlichen Begriff der Widerrechtlichkeit im Sinne des Art. 50 OR. Objektiv widerrechtlich ist die Verletzung jedes Rechtsgutes. Als solches erscheint bei der Körperverletzung die körperliche Integrität; diese ist in der allgemeinen Rechtsordnung zivilrechtlich als Rechtsgut anerkannt, ganz abgesehen von etwaigen Strafgesetzen, die ihre Verletzung mit Straffolgen bedrohen, oder von polizeilichen Verboten und Schutzgesetzen. Jede Verletzung der körperlichen Integrität eines andern erscheint objektiv als widerrechtlich, soweit nicht die Widerrechtlichkeit durch besondere Gründe, wie Notwehr (Art. 56 OR), Berufspflicht (z. B. des Arztes) u. dgl., ausgeschlossen ist. Diese Sätze folgen ohne weiteres aus der vom Bundesgericht stets anerkannten sog. objektiven Widerrechtlichkeitstheorie. Das Bestehen eines Strafgesetzes oder einer sonstigen Schutznorm, wie z. B. eines allgemeinen Polizeigesetzes oder eines besondern Verbotes, ist nach dieser vom Bundesgericht vertretenen Auffassung nicht massgebend für den Schutz des Rechtsgutes (wie Burckhardt in Z. f. schw. StrR. **15** S. 233 annimmt). Das Bundesgericht hat vielmehr Rechte und Rechtsgüter, denen das Zivilrecht Schutz gewährt, als schutzfähig und schutzbedürftig anerkannt, ganz abgesehen

von besondern Schutznormen, aus den Bedürfnissen des Rechtslebens, der Natur der Rechtsbeziehungen und dem ganzen Zusammenhange der Rechtsordnung heraus. (So insbesondere in der Rechtsprechung über illoyale Konkurrenz und über Boykott.) Der Mangel der Aufzählung einzelner Rechte und Rechtsgüter, deren Verletzung Schadenersatz nach sich zieht, wie sie Art. 823 DBGB enthält, macht die Rechtsgüter und Rechte nicht schutzlos, sondern durch seine allgemeine Fassung erweitert gegenteils Art. 50 OR den Schutz der Rechte und Rechtsgüter. Aus diesem Grunde hat denn auch das Bundesgericht stets ausgesprochen, dass der Zivilanspruch aus unerlaubter Handlung, insbesondere auch aus Körperverletzung, ganz unabhängig ist vom allfälligen Strafschutze. Des weitern ist aber auch die Widerrechtlichkeit einer Körperverletzung nicht dadurch bedingt, dass etwa eine Uebertretung einer Polizeivorschrift, z. B. eines Baureglementes, vorliegt; der Umstand, dass die Anlage des Kellerloches, wie der Beklagte behauptet, nicht gegen das Baureglement von Meiringen verstosse und dass sie von der Baupolizeibehörde nie beanstandet worden sei, schliesst nicht aus, dass in der durch die Anlage verursachten Körperverletzung eine Widerrechtlichkeit liege. Endlich ist noch zu bemerken, dass gerade hinsichtlich Schädigungen, also auch Körperverletzungen, aus Werken Art. 67 OR eine Spezialschutznorm enthält des Inhaltes, dass ein Werk nicht mangelhaft unterhalten oder fehlerhaft angelegt werden darf, unter Schadenersatzfolge im Zuwiderhandlungsfalle. Im vorliegenden Falle liegt also, falls Mangelhaftigkeit oder Fehlerhaftigkeit vorhanden ist, eine Widerrechtlichkeit auch nach der Seite vor, dass jene Spezialnorm verletzt ist.

2. Es fragt sich, ob sich die Haftbarkeit des Beklagten [1]) auch erstrecke auf den ganzen gegenwärtigen Zustand der Verletzten, oder ob nicht seine Haftbarkeit beschränkt sei auf die Folgen des ersten Sturzes, die Folgen des zweiten Sturzes aber von ihr nicht mitumfasst werden. Hinsichtlich dieses zweiten Sturzes (im Spital) hat der behandelnde Spitalarzt, Dr. St., erklärt: die Krücken hätten nicht ganz neue Kautschukansätze gehabt; immerhin seien sie durchaus brauchbar gewesen und beim festen Auftreten nicht gerutscht, so dass eine gewisse Unvorsichtigkeit dazu nötig gewesen sei, dass sie rutschen konnten. Es sei zuzugeben, dass eine Person, die längere

---

[1]) Vom Bundesgericht ist ausgeführt worden, dass der Sturz der Klägerin in das Kellerloch auf Fahrlässigkeit des Beklagten zurückzuführen sei, und dass die Klägerin kein Mitverschulden treffe.

Zeit im Bette gelegen habe und durch die Krankheit geschwächt sei, einer solch kleinen Unvorsichtigkeit viel eher ausgesetzt sei, als ein gesunder Mensch. Die Experten M. und B. erklären, der zweite Bruch stehe mit dem ersten im Zusammenhang, mit der Begründung: „Patientin konnte vor dem 2. Bein„bruch nur unbeholfen und mit Mühe marschieren, da sie „erst seit 3—4 Wochen Gehversuche machte, der Gypsver„band war 2 Tage vor dem 2. Unglücksfall weggenommen „worden, ausserdem war wahrscheinlich die Verwachsung „der beiden Bruchstücke noch nicht ganz solid.“ Auch die Experten L. und H. bejahen den Zusammenhang des zweiten Bruches mit dem ersten, sie führen aus: „Er erfolgte an „Stelle der noch wenig widerstandsfähigen Narbe des ersten. „Dabei kommt Fahrlässigkeit nicht in Betracht, sondern es „handelt sich um einen unglücklichen Zufall, der unter Um„ständen auch bei der grössten Vorsicht eintreten kann.“ Danach kann nicht zweifelhaft sein, dass tatsächlich der Kausalzusammenhang zwischen dem ersten und dem zweiten Unfall gegeben ist. Aber auch rechtlich muss der Kausalzusammenhang angenommen werden. Stellt man sich dabei auf den Boden der Aequivalenz aller Ursachen des schädigenden Erfolges, so ist das ohne weiteres klar. Aber auch vom Standpunkt der adäquaten Verursachung aus ist der Kausalzusammenhang im Rechtssinne zu bejahen. Der erste und der zweite Sturz sind nicht derart von einander unabhängig, dass auf Grund der jetzt bekannten Verumständungen gesagt werden könnte, es habe beim ersten Sturze mit dem zweiten überhaupt nicht gerechnet werden können; vielmehr gehört ein zweiter Bruch eines schwach geheilten Beines während der ärztlich gestatteten Gehversuche zu den denkbaren Folgen eines Beinbruches. Es mag unerörtert bleiben, ob der zweite Sturz dem Beklagten dann nicht zuzurechnen wäre, wenn er auf ein Verschulden der Verletzten zurückgeführt werden müsste; da das aber nach den Gutachten ausgeschlossen ist, kann auch von einem Fehlen des Schuldzusammenhanges nicht gesprochen werden. Auch die besondere Konstitution der Verletzten — ihre Fettleibigkeit —, die die Heilung verzögert hat, rechtfertigt nicht, den Kausalzusammenhang aller jetzigen Folgen mit dem Unfall abzulehnen; es kann sich höchstens fragen, ob nicht dieser Umstand bei der Bemessung des Schadenersatzes, im Sinne des Art. 51 OR, in Berücksichtigung zu ziehen ist. (Entsch. vom 2. November 1907 i. S. Gertsch c. Anderhalt.)

---

32. *Art. 198 OR. Abtretung grundversicherter Forderungen. Tragweite des Vorbehaltes des kantonalen Rechtes: er umfasst die ganze Materie der Abtretung grundversicherter Forderungen, insbesondere auch die Frage der Gewährleistungspflicht des Cedenten.*[1])

Gründe: 1° Par contrat du 14 septembre 1902, le recourant a vendu aux intimés, pour le prix de frs. 23,000.—, et leur a fait cession d'une créance hypothécaire d'égale valeur, contre un tiers. Il s'est vérifié, par la suite, que l'hypothèque garantissant la créance était nulle; l'acte notarié qui constituait la créance hypothécaire fut annulé, de même que l'inscription aux registres fonciers. Ces faits ont fait surgir entre parties, le cédant et le cessionnaire, une série de questions qu'ils ont soumises aux tribunaux: Quels sont les effets de l'annulation d'une hypothèque garantissant une créance? — Cette annulation entraîne-t-elle celle de la créance? — Donne-t-elle au cessionnaire une action en garantie contre le cédant? — Lui donne-t-elle droit à des dommages-intérêts? — Quelles sont la durée et l'étendue de cette garantie?

L'examen du Tribunal fédéral doit, avant tout, porter sur la question de savoir jusqu'à quel point ces questions sont soumises au droit fédéral.

L'art. 198 CO, placé à la fin du titre qui règle la cession ou le transport des créances, dispose qu'il n'est pas dérogé, par les articles de ce titre, aux dispositions des législations cantonales relatives à la cession des créances hypothécaires. Quelle est la portée de cet article? La réserve faite en faveur du droit cantonal ne comprend-elle que la cession proprement dite des créances hypothécaires, ou porte-t-elle également sur les conditions et conséquences de cette cession? Est-ce que, en particulier, la garantie que les articles 192 et 193 CO mettent à la charge du cédant, peut aussi être invoquée par le cessionnaire d'une créance hypothécaire, ou celui-ci ne peut-il s'appuyer que sur les dispositions du droit cantonal régissant la matière? Telle est la question à résoudre.

2° Le Titre V du Code fédéral des obligations a pour but de régler la cession faite en exécution d'un contrat quelconque (vente, donation, échange, etc.). Les articles 192 et 193 règlent la garantie du cédant à l'égard du cessionnaire, et les articles 197 et 198 soustraient aux dispositions de ce titre le transport des lettres de change et des titres à ordre ou au porteur et la cession des créances hypothécaires.

---

[1]) Siehe Revue **16** Nr. 63.

Le Tribunal fédéral a exprimé déjà, d'une manière toute générale, que la matière des créances hypothécaires était exclue du domaine du droit fédéral à raison de sa liaison intime avec les dispositions du droit hypothécaire cantonal (RO **16** 399). Appelé à se prononcer sur un cas analogue à la présente espèce, le tribunal a relevé, d'abord, que l'art. 198 CO, comme l'art. 231 CO concernant les ventes d'immeubles, paraît avoir une portée générale et réserver aussi, en faveur du droit cantonal, la question de la garantie du cédant d'une créance hypothécaire; il a donné comme argument, en faveur de cette interprétation, la place de l'art. 198 CO à la fin du titre V. Le tribunal a justifié, ensuite, la réserve faite en faveur du droit cantonal, en ce qui concerne la cession proprement dite de la créance hypothécaire, par la liaison intime qui existe entre les règles du droit immobilier, et il cite l'art. 507 CO à l'appui de son dire (RO **24** II 117).[1] Ces motifs sont inattaquables et l'on doit logiquement en déduire que toute la matière des créances hypothécaires est soustraite au droit fédéral, soit aussi bien les conditions et conséquences de leur cession, que cette cession elle-même.

3° Mais, après avoir posé ces principes généraux, le Tribunal fédéral y a apporté une limitation, précisément en ce qui concerne la question spéciale de la garantie du cédant à l'égard du cessionnaire; il a estimé que cette liaison intime existant entre les règles de droit régissant les créances hypothécaires et les règles du droit immobilier, liaison intime qui justifie la réserve faite en faveur de la cession proprement dite d'une créance hypothécaire, n'existe pas en ce qui concerne la garantie du cédant, vu que cette garantie ne découle pas de la cession elle-même de la créance, mais de l'opération juridique que la cession réalise, c'est-à-dire du contrat dont elle est l'exécution. Le tribunal invoque à l'appui de son dire la distinction faite par l'art. 192 CO, qui accorde ou refuse la garantie du cédant suivant que la cession a lieu à titre onéreux, — par exemple en exécution d'un contrat de vente, — ou à titre gratuit, ensuite de donation.

Cette jurisprudence qui a été suivie dans un autre arrêt (RO **27** II 402), ne peut pas être maintenue telle quelle. — C'est à tort, en effet, qu'alors qu'il s'agissait de l'interprétation du Code fédéral des obligations et de la délimitation des domaines respectifs des droits fédéraux et cantonaux, les arrêts ci-dessus cités s'en sont tenus uniquement à la solution

[1]) Das ist das in Revue **16** Nr. 63 abgedruckte Urteil.

de la doctrine et ont prétendu ne faire découler la garantie du cédant que de l'opération juridique que la cession de créance réalise, en faisant purement et simplement abstraction de la nature de la créance cédée. Cet élément joue aussi son rôle en matière de cession de créance; cela est si vrai que c'est précisément à raison de leur nature spéciale de créances hypothécaires et d'effets de change que le Code fédéral des obligations a fait, en faveur de ces créances, la réserve des articles 197 et 198. Ce rôle peut même être essentiel, la présente espèce en est la preuve. Il n'est pas possible de dire que, dans la créance hypothécaire, l'hypothèque n'est que l'accessoire de la créance; loin de là: l'hypothèque a, parfois, une telle importance et agit si effectivement sur la créance à laquelle elle est attachée, qu'elle la transforme et que, si elle vient à être annulée, sa disparition rétroagit sur la créance au point de pouvoir la rendre illusoire. Le droit hypothécaire prend alors un rôle prépondérant; c'est notamment le cas lorsque, comme en l'espèce, le cessionnaire prétend faire appel à la garantie du cédant à raison de la nullité de l'hypothèque, indépendamment même de la question d'existence ou d'inexistence de la créance. Il n'est dès lors pas possible de nier que la garantie du cédant est en rapport direct avec la nature de la créance et que c'est à tort que les arrêts cités ont fait abstraction de cet élément.

4° La nature de la créance cédée ayant un effet sur la garantie du cédant à l'égard du cessionnaire, le droit hypothécaire cantonal aura son influence lorsqu'il s'agira de créance hypothécaire. — Il résulte de là que la liaison intime — existant entre les règles de droit régissant les créances hypothécaires et les règles du droit immobilier, — qui a nécessité la réserve faite par l'art. 198 CO pour la cession proprement dite des créances hypothécaires, nécessite aussi que cette réserve soit étendue aux conséquences et conditions de la cession des dites créances. Dans ces circonstances, la question de savoir quels sont les effets de l'annulation d'une hypothèque sur la créance hypothécaire et quels droits découlent de cette annulation pour le cessionnaire vis-à-vis du cédant, doivent être examinés uniquement en regard du droit cantonal. Le Tribunal fédéral est donc incompétent en la matière. (Entsch. vom 26. Oktober 1907 i. S. Giraud c. Monigatti.)

---

33. *Unfallversicherung. Auslegung der Bestimmung, wonach jedes „besondere Wagnis“ von der Versicherung ausgeschlossen ist.*

D. war bei der Gesellschaft „Zürich“ gegen Unfall versichert. Am 21. Juli 1907 fand er den Tod beim Durchschwimmen der Rhone bei Gampel. Der Klage der Erben auf Auszahlung der Versicherungssumme setzte die Gesellschaft u. a. die Einrede entgegen, es habe sich um ein besonderes Wagnis gehandelt, das gemäss Art. 3 Abs. 2 der Police nicht versichert sei. Diese Bestimmung lautet:

„L'assurance ne s'étend dans aucun cas aux courses de „chevaux et autres, aux régates et autres concours de vitesse „par eau et sur terre ferme, aux chasses à courre, aux as„censions aérostatiques ou autres entreprises hasardeuses qui „présentent un danger spécial et qui ne sont pas couvertes „expressément par une disposition particulière de la police.“

Sowohl die Walliser Gerichte als auch in letzter Instanz das Bundesgericht haben die Beklagte zahlungspflichtig erklärt (das Bundesgericht von der tatsächlichen Feststellung ausgehend, dass Unfall und nicht Apoplexie oder etwas dergleichen die Todesursache gewesen sei). Ueber jene Einrede hat sich das Bundesgericht wie folgt ausgesprochen:

Pour établir, en droit, si le risque qui résulte d'une entreprise telle que celle qui a entraîné la mort de J. Th. Dahl, est couvert par la police que celui-ci avait souscrite, il faut, aux termes de l'art. 3 de ce contrat, examiner les conditions tant générales que particulières de la police et les déclarations contenues dans la proposition d'assurance.

Il résulte d'abord de cette dernière pièce qu'aucune question n'a été posée à J. Th. Dahl, lors de son engagement, au sujet de la natation, alors qu'on lui a demandé s'il pratiquait le cheval, la chasse, la rame, la voile, et autres exercices énumérés séparément. — La natation ne formant pas l'objet d'une de ces questions spéciales, le risque qui résulte de cet exercice-là ne peut pas être considéré comme exclu de l'assurance, à raison d'une absence de déclaration dans la proposition d'assurance.

L'énumération que fait le second alinéa de l'art. 3 de la police, — excluant les risques qu'entraînent les courses de chevaux et autres, les régates, les concours de vitesse par eau ou sur terre ferme, chasses à courre et les ascensions aérostatiques, — vise des compétitions, des exercices dans lesquels les concurrents rivalisent pour arriver le premier. Cette rivalité engendre un danger spécial. L'amour propre, l'émulation, l'appât d'un prix, la rivalité, entraînent facilement

les participants à ces joûtes sportives, à commettre des excès qui créent un risque spécial que l'assurance a voulu exclure (Conf. RO **26** II 392). Mais, en l'espèce, J. Th. Dahl était seul à traverser le Rhône et cet élément de concurrence et de compétition manquait à son entreprise pour qu'on puisse, par analogie, la faire rentrer dans cette catégorie d'exercices; cette énumération portant sur des exceptions doit, du reste, être interprêtée limitativement.

L'art. 3 al. 2 de la police ajoute à l'énumération qui précède: „les autres entreprises hasardeuses qui présentent un danger spécial et qui ne sont pas couverts expressément par une disposition particulière de la police.“ Le Tribunal fédéral a déjà déclaré que des clauses de ce genre sont licites (RO **19** 355 et **26** II 392); mais la question à juger est celle de savoir si l'entreprise de J. Th. Dahl était hasardeuse.

Pour résoudre cette question, la Cour d'appel du Canton du Valais s'est placée au point de vue subjectif; elle y a répondu en tenant compte des circonstances personnelles de l'assuré. Elle a estimé que pour lui, vu sa constitution, son expérience et ses qualités de nageur, la traversée du Rhône n'était pas une entreprise hasardeuse présentant un danger spécial. La compagnie recourante estime, au contraire, que le juge doit se placer à un point de vue purement objectif et examiner si d'une manière générale la traversée du Rhône à Gampel, par un nageur couvert de sueur, au moment des hautes eaux, alors que le courant est violent et l'eau glacée, ne revêt pas le caractère d'une entreprise hasardeuse présentant un danger spécial. — Il est évident qu'en thèse générale les cas d'exclusion de l'assurance doivent, autant que possible, être déterminés d'après des éléments objectifs. Mais la chose n'est pas toujours absolument possible. Tel est le cas en l'espèce. Pour juger si une entreprise est hasardeuse, il faut nécessairement tenir compte, dans une certaine mesure, des circonstances et de l'individu en cause; l'élément subjectif joue un rôle essentiel. Pour un mauvais nageur, ou un homme faible et sensible au froid, ce serait évidemment une entreprise hasardeuse présentant un danger spécial que de vouloir tenter la traversée du Rhône, à la nage, lorsque les eaux sont hautes et glacées; pour un homme qui ne sait pas nager ce serait un acte de folie; mais, on ne peut en dire autant alors qu'il s'agit d'un homme d'une force herculéenne, robuste de constitution, qui a supporté les basses températures de la mer glaciale du Nord et qui a déjà fait plus d'une fois la traversée du Rhône. S'il était établi que J. Th. Dahl ait connu l'exis-

tence du tourbillon qui l'a perdu, et qu'il se soit volontairement hasardé en cet endroit pour chercher à vaincre une nouvelle difficulté, son entreprise pourrait être taxée d'entreprise hasardeuse présentant un danger spécial; mais, tel n'est pas le cas et les circonstances dans lesquelles le défunt a tenté la traversée du Rhône ne permettent pas, pour ce qui le concerne, de faire rentrer cette entreprise parmi les exceptions de l'art. 3 al. 2 de la police. C'est donc à bon droit que les conclusions de la compagnie défenderesse ont été repoussées. (Entsch. vom 5. Oktober 1907 i. S. „La Zurich“ c. Hoirs Dahl.)

---

34. *Markenrecht. Nichtigkeit einer Marke wegen falscher Herkunftsbezeichnung. 1. Legitimation zur Erhebung des Einwandes; Geltendmachung; der wegen Markennachahmung Belangte kann den Einwand geltend machen, und zwar auch einredeweise. — 2. Auslegung von Art. 20 Z. 1 MSchG. Die Herkunftsbezeichnung hat den Ort der Fabrikation, nicht den Ort des Vertriebes anzugeben; auf letzteren kommt es nicht an.*

Kuenzer & Cie, Fabrikanten in Freiburg i. Br., hatten beim eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum eine Marke für „Kaffeesurrogate“ eintragen lassen, auf deren Längsseite die Worte „Freiburger (in grossen Lettern auf einer Zeile) homöopathisches Kaffeesurrogat von Kuenzer & Comp.“ aufgedruckt waren. Als sie Klage gegen die „Helvetia, A.-G. schweizerische Kaffeesurrogatfabrik in Langenthal“ erhoben, wendete die Beklagte unter anderm ein, das Wort „Freiburger“ stelle sich als falsche Herkunftsbezeichnung dar, da die Kläger nicht in Freiburg i. Br., sondern in Basel fabrizieren. Ueber die Legitimation zur Erhebung dieses Einwandes und über diesen selbst hat das Bundesgericht auf Berufung der von dem App.- und Kass.-Hof des Kantons Bern in Gutheissung des Einwandes abgewiesenen Kläger hin ausgeführt:

1. Mit Recht hat die Vorinstanz, entgegen der Auffassung der Klägerin, angenommen, der Beklagten stehe die Legitimation zur Erhebung jener Einwendung zu, und es bedürfe dazu nicht einer besondern Klage. Es genügt, hiefür auf das Urteil des Bundesgerichts vom 7. Oktober 1904 in Sachen Büchler c. von Arx & Cie, AS **30** II No. 76 S. 581 ff., spez. S. 583 ff. E. 3 f., zu verweisen.[1]) Denn wenn dort ausgeführt worden ist, dass eine Nichtigkeitsklage seitens eines rechtlich

---

[1]) Revue **23** Nr. 25.

Interessierten gegen eine Marke zulässig sei, die sich darauf stütze, dass die angegriffene Marke das Recht eines Dritten verletze, so muss a fortiori von jedem rechtlich Interessierten der Einwand erhoben werden können, eine Marke sei nichtig, weil sie deceptiv sei oder der allgemeinen Rechtsordnung zuwiderlaufe. Dass eine falsche Herkunftsbezeichnung die Marke zu einer absolut nichtigen macht, erhellt übrigens auch aus Art. 14 Z. 4 MSchG, wonach das Amt für geistiges Eigentum die Eintragung einer Marke, die eine offenkundig falsche Herkunftsbezeichnung trägt, ex officio zu verweigern hat. Wer aus der Eintragung einer Marke Verbietungs- und Schadenersatzrechte herleitet, muss gewärtigen, dass ihm der Einwand entgegengehalten wird, das behauptete Markenrecht bestehe nicht, — dieser Einwand kann auch einredeweise geltend gemacht werden —; denn die Eintragung der Marke hat ja nicht konstitutive Wirkung, so dass bis zur Löschung der Markenschutz materiell zu Recht bestände, sondern es kommt ihr nur deklarativer Charakter zu; ebenso aber auch der Löschung; eine vorgängige Löschung der Marke ist daher keineswegs nötig. Dass endlich die Beklagte ein rechtliches Interesse an der Geltendmachung des Einwandes hat, bedarf keiner nähern Ausführung.

2. Ist sonach zu erörtern, ob tatsächlich in der Bezeichnung „Freiburger“ homöopathisches Kaffeesurrogat eine falsche Herkunftsbezeichnung liege, so ist in erster Linie zu bemerken, dass der Entscheid der Vorinstanz auf der Feststellung beruht, dass die Klägerin gegenwärtig nicht mehr in Freiburg fabriziert, sondern in Basel, während sie allerdings den Vertrieb ihrer Produkte von Freiburg aus besorgt. Gestützt auf diese Feststellung ist die Vorinstanz in Auslegung des MSchG, speziell des Art. 20 Z. 1, zu der Annahme gelangt, die Herkunftsbezeichnung „Freiburger“ sei deceptiv. Jene tatsächliche Feststellung nun ist von der Klägerin nicht als aktenwidrig angefochten worden, und konnte auch nicht als aktenwidrig angefochten werden, da sie den Akten, speziell den Parteianbringen durchaus konform ist. Dagegen wendet die Klägerin ein, die Verlegung der Fabrikation nach Basel sei nur vorübergehend, und weiter, es komme überhaupt auf den Ort des Vertriebes an, die Fabrikation erfolge in Basel unter der Leitung von Freiburg i. Br.; endlich macht sie geltend, z. Z. der Eintragung der Marken sei Freiburg tatsächlich noch Fabrikationsort gewesen. Vorerst kann nun auf diesen letztern Umstand nichts ankommen. Ob eine Herkunftsbezeichnung falsch sei oder nicht, beurteilt sich nach dem Zeitpunkte, in

dem sie verwendet wird und ihre Wirkung nach aussen entfaltet. Des weitern handelt es sich bei der streitigen Frage um eine Auslegung des Art. 18 und insbesondere 20 Z. 1 MSchG. Dem Wortlaut nach gestattet das Gesetz (Art. 18 Abs. 2) die Anbringung der Herkunftsbezeichnung dem Fabrikanten oder Produzenten des betreffenden Ortes (wie auch dem Käufer). Art. 20 Z. 1 statuiert sodann eine Ausnahme, indem er die Anbringung einer Herkunftsbezeichnung auf einem anderwärts verfertigten Erzeugnis dann zulässt, wenn dies für Rechnung eines Fabrikanten geschieht, dessen Hauptfabrikationsgeschäft sich in der als Fabrikationsort angegebenen Oertlichkeit befindet. Unter diese Ausnahme fällt der Fall der Klägerin offenbar nicht. Nach Wortlaut und Tendenz des MSchG, speziell auch der Bestimmungen über die Herkunftsbezeichnungen, ist anzunehmen, dass am Ort der Herkunftsbezeichnung die Fabrikation der Produkte stattfinden soll; der Vertrieb von einer Oertlichkeit aus genügt nicht, um die Berechtigung zur Herkunftsbezeichnung zu schaffen (s. auch Dunant, Traîté, Nr. 309, S. 463 f.). Die Ausnahme, die Art. 20 Z. 1 aufstellt, ist strikte zu interpretieren. Dass Freiburg i. Br. für Kaffeesurrogate einen Ruf geniesst, ist wohl für das Bundesgericht verbindlich von der Vorinstanz festgestellt und übrigens notorisch.

Hiernach ergibt sich, dass die Klägerin nicht berechtigt ist, die Herkunftsbezeichnung „Freiburger" zu verwenden, und dass daher die Marke, die diese Bezeichnung enthält . . . allerdings deceptiv ist. Und zwar macht dieser deceptive Bestandteil, wie die Vorinstanz, gestützt auf Kohler, richtig ausgeführt hat, diese ganze Marke nichtig. (Entsch. vom 22. Nov. 1907 i. S. Kuenzer & Cie c. „Helvetia.")

---

35. *Kollokation im Konkurse: Stellung des schweizerischen Konkursgläubigers, für dessen Forderung im Auslande gelegene, nicht zur Konkursmasse ziehbare Pfänder haften, in dem in der Schweiz durchgeführten Konkurse. — B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889, Art. 41, 232 Z. 4, 219.*

Die Frage, ob und in welcher Weise ein schweizerischer Konkursgläubiger, für dessen Forderung ausländische, [1]) nicht zur Masse des schweizerischen Konkurses ziehbare Pfänder haften, in diesem Konkurse teilnehmen könne, die das Gesetz nirgends geregelt hat, ist jedenfalls nicht dahin zu lösen, dass der betreffende Pfandgläubiger zum schweizerischen Konkurse

---

[1]) in casu: in Oesterreich gelegene.

überhaupt nicht zuzulassen wäre. Denn das ist von folgenden Erwägungen aus zu verneinen:

Nimmt man an, der Richter habe hier und zwar deshalb, weil das Gesetz ihm für seine Aufgabe überhaupt keinen Anhaltspunkt zu bieten vermag, unabhängig von ihm die dem Falle angepasste Norm zu finden, so könnte er jedenfalls nicht zu der von der Beklagten behaupteten [1]) kommen: Denn die Billigkeit würde es nicht rechtfertigen, einem (schweizerischen) Gläubiger das Recht, für seine Forderung als Konkursgläubiger im schweizerischen Konkurse Befriedigung zu suchen, deshalb grundsätzlich zu versagen, weil neben der Personal- noch eine Pfandhaftung besteht und diese nur in einem gesonderten Verfahren im Auslande sich geltend machen lässt. Die entgegengesetzten Interessen der Mitgläubiger werden hier unter allen Umständen dadurch genügend geschützt, dass man dem Pfandgläubiger nicht vorbehaltlos für seine Forderung als Chirographargläubiger am Konkurse teilzunehmen gestattet, sondern, wie es der Vorentscheid will, nur unter bestimmten Kautelen, die verhindern, dass er mehr aus dem Konkurse bezieht, als er bedarf, um mit der Verwertung des Pfandes voll gedeckt zu sein. Dem Pfandgläubiger die Teilnahme am Konkurse schlechthin zu versagen, hiesse auch die Bedeutung der Personalhaftung seines Schuldners und des damit gegebenen Rechtes auf Deckung aus dem pfandfreien Vermögen unterschätzen. Ob der den Mitgläubigern gebührende Schutz soweit, wie erwähnt, gehen solle, ist nicht zu prüfen.

Nimmt man aber in zweiter Linie an, bei der Lösung der Frage könnten irgend welche gesetzlichen Bestimmungen, namentlich im Sinne analoger Rechtsanwendung, beigezogen werden, so liessen sich doch keine finden, die für die Lösung der Beklagten sprechen würden; im besondern sind die heute von der Beklagten angerufenen nicht verwendbar: Art. 41 SchKG zunächst betrifft die Spezial- und nicht die Generalexekution; der Eintritt dieser aber bewirkt für den Pfandgläubiger eine Aenderung gerade seiner bisherigen, durch Art. 41 geordneten Stellung, indem er nun nicht mehr zunächst als Pfand- und dann als Chirographargläubiger vollstrecken muss, sondern als Konkursgläubiger in beiden Eigenschaften handelt. Wenn ferner Art. 232 Ziff. 4 an die „ungerechtfertigte" Unterlassung, das Pfand dem Konkursamte zur Verfügung zu stellen, als Verwirkungsfolge das Erlöschen des Vorzugsrechtes knüpft, so trifft diese Folge nicht die Geltend-

---

[1]) Ausschluss des Pfandgläubigers.

machung des Forderungsrechtes — worum es sich hier handelt — und kann auch von einer ungerechtfertigten Unterlassung im erwähnten Sinne in den vorliegenden Fällen unmöglich die Rede sein. Endlich ist auch nicht zu ersehen, wie aus Art. 219 etwas gegen das Recht des Klägers auf Anerkennung als Gläubiger in der V. Klasse hergeleitet werden könnte. (Entscheid vom 28. September 1907 i. S. Konkursmasse der Oesterreichisch-Schweizerischen A.-G. für Waldausbeutung und Holzimport c. d'Eggis.)

---

36. *Kollokationsklage im Konkurse. B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889, Art. 250.*

*1. Zulässigkeit der Berufung: Haupt
urteil. Art. 58 B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893. Ein Urteil, durch das ein Richter seine sachliche Inkompetenz in einem Kollokationsstreite ausspricht, gestützt auf eine Schiedsgerichtsklausel, ist als Haupturteil anzusehen.*

2. Die Konkursmasse ist nicht Rechtsnachfolgerin des Gemeinschuldners; sie kann daher eine Schiedsgerichtsklausel, die sich in einem Vertrage des Gemeinschuldners findet, in der Kollokationsklage des Vertragsgegners nicht anrufen.

3. Die Vorschrift des Art. 250 SchKG, dass die Kollokationsanfechtungsklage bei dem Konkursgerichte anzuheben ist, ist zwingenden Rechtes.

H. und A. hatten sich durch Vertrag vom 10. April 1898 zur Erstellung des „Schweizerdorfes" für die Weltausstellung in Paris verpflichtet. Gemäss Art. 14 des Vertrages mit der Aktiengesellschaft „Village suisse" waren alle aus dem Vertrage entstehenden Streitigkeiten vor ein Schiedsgericht zu bringen. In der Folge fiel die Aktiengesellschaft „Village suisse" in Konkurs. H. und A. machten in diesem Konkurse ihre Forderungen aus dem Werkvertrage geltend und erhoben nach Wegweisung durch die Konkursverwaltung Kollokationsklage. Der Konkursrichter erklärte sich unzuständig, gestützt auf die Schiedsgerichtsklausel im Vertrag vom 10. April 1898, und die (Genfer) Cour de justice bestätigte diesen Entscheid. Auf Berufung der Kläger hin hat das Bundesgericht das letztinstanzliche kantonale Urteil vom 13. Juli 1907 aufgehoben, 'en Konkursrichter als zuständig erklärt und die Sache zu ıeuer Verhandlung und Beurteilung an die kantonalen Gerichte urückgewiesen.

Begründung: 1° Le dispositif du jugement de première ıstance, confirmé par l'arrêt du 13 juillet 1907 de la Cour e Justice civile dont est recours, porte que: „Le tribunal se

déclare incompétent en ce qui concerne la fixation de la créance des demandeurs, — réserve la demande, en ce qui concerne l'admission de la créance éventuelle d'Henneberg et Allemand, — réserve les dépens, — et ajourne la cause."

Si la nature d'un jugement devait être déterminée exclusivement par son dispositif, l'arrêt dont est recours ne pourrait pas être envisagé comme un jugement au fond dans le sens de l'art. 58 OJF, puisqu'il ne statue que sur l'exception d'incompétence. Mais le Tribunal fédéral a déjà admis, à maintes reprises, que même les arrêts dont le dispositif ne porte que sur une exception de procédure, constituent des jugements au fond, dans le sens de l'art. 58 OJF, toutes les fois qu'ils ont pour résultat de trancher d'une manière définitive une question de droit matériel. Faisant application de ce principe général à une espèce identique à la présente cause (RO 24 II 559[1]); voir aussi ibid. 7 282) il a déclaré que la question de savoir si un litige avait été soustrait, en vertu d'un compromis arbitral, à la compétence des tribunaux ordinaires et soumis à celle d'un tribunal d'arbitres, relevait du droit matériel et que le jugement qui la tranchait, quoique ne statuant dans son dispositif que sur une exception de compétence, tranchait en réalité la question de droit matériel de la validité ou de l'applicabilité du compromis et revêtait, pour ce motif, la nature d'un jugement au fond.

D'après cette jurisprudence, qu'il n'y a aucun motif d'abandonner, l'arrêt du 13 juillet 1907 doit être considéré comme un jugement au fond; car, quoique son dispositif se borne à statuer sur l'exception de compétence, il tranche, en fait, une contestation de droit matériel. L'exception d'incompétence opposée par la masse défenderesse, est basée, non pas sur une disposition de la loi, mais sur un contrat, soit sur la clause compromissoire contenue dans l'article 14 du contrat du 10 avril 1898 conclu entre les demandeurs et la Société du Village suisse. De leur côté les demandeurs concluent au rejet de l'exception, soutenant que la masse, constituant un sujet de droit distinct du failli, ne peut pas invoquer en sa faveur les clauses d'un contrat dans lequel elle n'est pas partie. — La véritable question à résoudre est donc celle de savoir si la masse peut ou non invoquer en sa faveur la clause compromissoire du contrat du 10 avril 1898, l'admission ou le rejet de l'exception d'incompétence n'étant que le corrolaire logique de la solution donnée à cette question. — Or, comme la question de savoir si la masse peut ou non

[1]) Revue 16 N. 90, Erw. 1.

invoquer en sa faveur la clause compromissoire relève incontestablement du droit matériel, et comme l'arrêt attaqué, en admettant l'exception d'incompétence, l'a tranchée définitivement en faveur de la masse, cet arrêt doit, malgré les termes de son dispositif, être considéré comme un jugement au fond. La compétence du Tribunal fédéral doit donc être admise.

2⁰ L'exception d'incompétence étant basée sur la clause compromissoire du contrat du 10 avril 1898, elle ne peut être admise que si la masse est en droit d'invoquer en sa faveur les clauses de ce contrat. L'instance cantonale a tranché la question affirmativement en déclarant que la masse ne peut avoir ni plus ni moins de droits que le failli.

Ce raisonnement serait correct si, comme les deux instances cantonales semblent l'avoir admis, la masse était le successeur du failli et se trouvait ainsi subrogée à ses droits. Mais tel n'est pas le cas. Ainsi que le Tribunal fédéral l'a déclaré à maintes reprises, la faillite n'est pas une forme de succession, elle n'est qu'une forme d'exécution; elle n'a pas pour effet de transférer à la masse la propriété des biens et les droits du failli, mais simplement de soustraire ceux-ci à la libre disposition de ce dernier et de les mettre à la disposition de la masse pour qu'elle les liquide et en affecte le produit au paiement des créanciers.

Malgré la mise en faillite de la Société anonyme du Village suisse, la masse n'est donc pas devenue partie dans le contrat du 10 avril 1898 et n'y a pas pris la place de la société; elle ne peut par conséquent pas invoquer ce contrat en sa faveur, pas plus que les recourants ne pourraient prétendre que la masse est tenue de remplir les obligations incombant au failli en vertu du dit contrat (Conf. art. 211 LP). Le seul droit de la masse est celui de liquider les droits que la société en faillite peut avoir acquis par le contrat, pour en consacrer le produit à l'extinction des dettes. Mais ce droit de la masse ne peut s'exercer qu'à l'égard de ceux des droits du failli qui ont une valeur patrimoniale et dont la réalisation peut donner un produit susceptible d'être affecté au paiement des dettes du failli; or, cette condition n'est évidemment pas acquise en l'espèce; en effet, le droit d'exiger qu'une contestation soit portée devant un tribunal arbitral n'est qu'une faculté de procédure qui n'est, de par sa nature même, pas susceptible d'être liquidée, ni de donner un produit.

De là s'ensuit que la déclaration de la faillite de la Société du Village suisse a eu pour effet d'entraîner la caducité de la clause compromissoire, vu l'impossibilité de l'exécution

de cette clause; la masse ne peut, ni l'invoquer en sa faveur, puisqu'elle n'est pas subrogée au failli, ni la liquider, parce que le droit qui en découle ne comporte pas une liquidation.

3° L'exception d'incompétence doit, en outre, être écartée, parce que son admission entraînerait une violation de l'art. 250, qui dispose que l'opposant à l'état de collocation doit intenter son action devant le juge de la faillite dans les dix jours de la publication du dépôt. Cette disposition, qui a été dictée non par des considérations tirées de l'intérêt particulier des parties en cause, mais par des motifs d'intérêt public, — for unique de la faillite, protection des intérêts des autres créanciers etc., — revêt le caractère d'une règle de droit impératif à laquelle il n'est pas loisible de déroger par convention. Toute exception d'incompétence tirée d'un compromis doit donc être écartée d'emblée lorsqu'il s'agit d'une contestation concernant l'état de collocation.

Il suffit donc, en l'espèce, de constater que l'action introduite par les demandeurs est précisément une action en opposition à l'état de collocation, pour qu'il s'ensuive que l'exception d'incompétence doive être écartée. Tel paraît bien être le point de vue auquel l'instance cantonale s'est placée. Mais elle a introduit une distinction entre les questions concernant l'existence et le montant de la créance, qu'elle voudrait soumettre quant à la compétence aux règles de droit commun, et celles concernant l'admission dans l'état de collocation, qu'elle entend soumettre seules et exclusivement au juge de la faillite. Cette distinction est arbitraire et en opposition évidente avec le texte même de la loi. La loi dispose, en effet, que toutes les questions qui concernent l'état de collocation rentrent dans la compétence exclusive du juge de la faillite. Or, ces contestations peuvent porter sur l'existence du droit à colloquer, sur son étendue, sur l'existence d'une cause de priorité et sur le rang. Quel que soit leur objet, que l'opposition vise à faire reconnaître l'existence d'une créance non admise ou d'un droit de gage contesté, à faire écarter comme non existante une créance ou un droit de gage admis, il s'agit toujours d'une opposition à l'état de collocation qui tombe sous la disposition de l'art. 250 LP. — L'objet même de l'action est tout à fait indifférent au point de vue de la compétence; ce qui est déterminant, c'est l'élément formel, soit le fait que l'action est dirigée contre un état de collocation et tend à obtenir sa modification. — La distinction introduite par l'instance cantonale est, du reste, non seulement arbitraire et contraire à la loi, mais pratiquement impossible.

vu que la question de l'existence du droit et celle de l'admission dans l'état de collocation se confondent dans la plupart des cas. S'il s'agit d'une créance chirographaire, le seul motif, pour lequel la collocation puisse être refusée, ne peut être que celui de l'inexistence du droit; du moment que le droit est reconnu, sa collocation est inévitable et il est juridiquement impossible de concevoir un litige au sujet de son admission. — Il en est de même lorsqu'il s'agit d'une créance garantie par gage. La contestation peut porter sur l'existence et sur l'étendue du droit et du gage; mais, une fois ces questions-là liquidées, il n'y a plus de contestation possible concernant la liquidation. — Pratiquement la distinction introduite par l'instance cantonale aurait donc pour effet d'éluder l'art. 250 LP et de soustraire au juge de la faillite toutes les contestations que la loi a précisément voulu placer dans sa compétence exclusive. (Entsch. vom 26. Oktober 1907 i. S. Henneberg et Allemand c. Masse en faillite de la Société anonyme du Village suisse.)

---

37. *B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889, Art. 287 Abs. 1 Ziffer 2: Anfechtungsklage (sog. Ueberschuldungspauliana). „Uebliche Zahlungsmittel." — B.-Ges. betr. den Handel mit Gold- und Silberabfällen, vom 17. Juni 1886. Kann die Uebergabe von Silberabfällen in Barren seitens eines Uhrenindustriellen an einen Bankier zur Tilgung einer Geldschuld als übliches Zahlungsmittel angesehen werden?*

Das Bundesgericht hat die Frage mit folgender Begründung (aus der die näheren Verumständungen ersichtlich sind) verneint:

Pour qu'un moyen de paiement puisse être considéré comme usuel, il n'est pas nécessaire qu'il soit reconnu et adopté comme tel dans la pratique générale des affaires et qu'il soit communément employé et accepté comme de l'argent comptant et en son lieu et place. Il suffit qu'il le soit d'une manière usuelle dans des cercles d'affaires déterminés et que les personnes qui s'en sont servies appartiennent aux dits cercles où il en est fait usage. „On doit, dit le Tribunal fédéral dans un arrêt du 7 mars 1896 (RO **22**, pag. 214), considérer comme valeurs usuelles toutes celles qui, dans [l']usage du commerce et la pratique des affaires, et dans les [ra]pports entre les personnes en cause, sont habituellement [d]onnées et reçues en paiement. Tel est par exemple le cas [d'u]n chèque ainsi que des coupons d'intérêt échus dont le paie[m]ent est certain." La question de savoir si un moyen de [pa]iement peut être considéré comme usuel se résoud donc en

une question de fait, savoir quel est l'usage habituel dans la pratique des affaires et dans les rapports des parties en cause.

Le jugement dont est recours a constaté, à cet égard, que la banque recourante reçoit souvent d'autres banquiers ou de monteurs de boîtes des lingots de matières à titre d'achat et même à titre de paiement; mais il a admis, d'autre part, comme constant, que c'était la première fois, qu'au cours de relations d'affaires qui duraient depuis plus de quinze ans, Gygi & Cie ont remis à leurs banquiers des lingots et il en a tiré la conclusion que, dans ces circonstances, cette remise ne peut pas être considérée comme constituant un paiement fait en valeurs usuelles. Les recourants attaquent cette argumentation et soutiennent qu'il importe peu, lorsqu'il est établi qu'un paiement a été fait en valeurs usuelles, que ce soit la première fois que le débiteur fasse usage de ce mode de paiement.

Il y a lieu de remarquer à ce sujet que les lingots de matières que les monteurs de boîtes ou, en général, les fabricants d'horlogerie ou de bijouterie remettent à leurs banquiers proviennent de la fonte des déchets produits par l'exercice de leur industrie. Le commerce de ces déchets est soumis aux dispositions d'une loi spéciale, la loi fédérale du 17 juin 1886 sur le commerce des déchets d'or et d'argent. Cette loi contient entre autres les dispositions suivantes:

„Art. 1. Celui qui fait métier d'acheter ou d'échanger de la part de personnes qui, dans l'industrie horlogère et bijoutière, travaillent des matières d'or et d'argent, les déchets, les culots ou lingots résultant de ce travail..., doit en avoir fait la déclaration aux autorités cantonales compétentes, qui la transmettront au Département fédéral du commerce..... — Le Département délivre aux postulants remplissant les conditions prescrites un registre à souche timbré, et paginé, et publie leurs noms dans la *Feuille officielle du commerce...*"

„Art. 2. Les obligations de celui qui fait métier d'acheter ou de fondre des déchets sont les suivantes: Il doit inscrire régulièrement et sur le champ chaque achat ou fonte dans le registre à souche et se conformer d'ailleurs aux prescriptions de l'autorité fédérale quant à la tenue du registre.... — „Il lui est interdit d'acheter des lingots ou culots qui n'ont pas été essayés par un bureau de contrôle...."

Ces dispositions ont un caractère de mesures de police visant à assurer, d'un côté, la bonne qualité des métaux et, d'autre part, à protéger les vendeurs, par la publicité du registre, contre toute exploitation usurière qui pourrait facilement se produire dans un commerce de cette nature. Elles sont

par conséquent d'ordre public et les parties ne peuvent pas y déroger. Leur violation constitue une contravention punie conformément à l'art. 6 de la loi.

Il suit de là que les personnes autorisées à faire le commerce des déchets d'or et d'argent et des lingots provenant de leur fusion ne peuvent en accepter la remise et en acquérir la propriété que dans les formes établies par la loi et par les règlements et ordonnances d'exécution. Or il résulte, tant de l'art. 1er de la loi que du registre à souche, que cette opération ne peut revêtir que la forme juridique de l'achat ou de l'échange; l'art. 1er parle „d'achat ou d'échange" et le registre prévoit la mention de la „valeur" du lingot et du „prix payé" ou des „nature et valeur de l'objet remis en paiement" du lingot. Les personnes autorisées par le Département fédéral du Commerce à faire le commerce des déchets d'or et d'argent, ne peuvent donc acquérir des lingots que par voie d'achat ou d'échange; toute autre forme est exclue comme non conforme aux dispositions légales et réglementaires.

Dès lors, si les banquiers, autorisés à faire le commerce des déchets, les reçoivent comme numéraire ou, ce qui revient au même, comme valeur usuelle remplaçant le numéraire, ils violent la loi du 17 juin 1886 et se rendent coupables d'une contravention. Cette pratique, si elle existe, est contraire à la loi et le Tribunal fédéral ne peut pas la sanctionner en reconnaissant à la remise des lingots, faite à titre de paiement, le caractère d'un mode usuel de paiement. Sans doute, les banquiers peuvent se payer en recevant des lingots, mais, pour ce qui concerne la forme juridique de l'opération, il faut que le paiement se fasse par voie de compensation entre le prix d'achat du lingot et la créance du banquier, car ce n'est qu'à cette condition que l'opération peut être inscrite dans le registre prévu par la loi et contrôlé par les autorités de surveillance instituées à cet effet. Cela est si vrai qu'en l'espèce, ni la remise des sept lingots faite par Gygi & Cie aux recourants, le 30 janvier 1906, ni aucune des autres remises faites par d'autres monteurs de boites à titre de paiement, remises énumérées par les recourants dans leur état de preuves, n'a été inscrite dans le registre à souche des recourants. Cette pratique est évidemment contraire à la loi.

Il résulte de ce qui précède que la remise des lingots aite par Gygi & Cie le 30 janvier 1906, à titre de paiement, ux recourants, étant contraire à la loi, ne peut être considérée comme un paiement fait en valeurs usuelles. (Entsch. 21. Juni 1907 i. S. Reutter & Cie c. Konkursmasse Gygi & Cie.)

B. Kantonale Entscheide.

38. *Association professionnelle. Action en dommages-intérêts contre un tiers pour actes illicites. Art. 50 ss. CO.*

Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 14 décembre 1907 d. l. c. Syndicat des médecins-chirurgiens-dentistes de Genève c. Rey.

L'association des médecins-chirurgiens-dentistes formée en 1902 a pour but la défense des „intérêts moraux et matériels de la profession et de veiller à l'application régulière de la loi sur l'art de guérir.“ Elle est régie par des statuts et par les dispositions du titre XXVII du C. des Obl. et inscrite au registre du commerce. Elle dirigea plusieurs poursuites pénales contre divers mécaniciens dentistes, pour exercice illégal de la médecine. Elle obtint notamment la condamnation de Rey par le Tribunal de police, à 40 frs. d'amende. Enfin, ayant été mise en possession d'une facture acquittée par Rey, au montant de 25 frs., et d'où il résultait que celui-ci avait donné à une dame Ch. des soins consistant en obturations et prothèse, elle déposa contre Rey une plainte fondée sur ces soins et le Tribunal de police condamna Rey à 50 frs. d'amende. Puis, l'Association a assigné Rey en 4000 frs. de dommages-intérêts. Elle fonde cette action sur l'art. 50 ss. CO et expose que Rey a commis des actes illicites susceptibles de causer un préjudice aux membres de l'association, vu que ces actes étaient de nature à diminuer la clientèle des membres de l'association. Le Tribunal a déclaré la demande de l'association irrecevable. considérant que l'association peut signaler une contravention à la loi sur l'art de guérir, réclamer l'application de cette loi, recourir contre la fausse application ou le défaut d'application de la loi, mais ne peut intenter une action en concurrence déloyale, lorsque cette concurrence n'est préjudiciable qu'à l'un des membres de l'association. Dans ce cas, elle doit se borner à intervenir et à prêter son appui moral à la poursuite. — La Cour de justice civile a réformé ce jugement et déclaré recevable la demande.

Motifs: Il convient d'admettre que l'association appelante doit être déclarée recevable, non seulement à signaler les contraventions à la loi etc., mais encore à exercer, cas échéant, des actions en dommages-intérêts. Ce cas se présentera notamment lorsque le syndicat poursuivra la réparation d'un dommage qui lui aura été causé en tant que syndicat, et, d'autre part, lorsqu'il invoquera une atteinte portée et un préjudice causé à l'ensemble des membres de l'asso-

ciation, car une semblable demande rentrera évidemment dans le but de l'association tel qu'il est indiqué à l'art. 2 des statuts.

En revanche, il faut admettre, avec le Tribunal de première instance, que l'association ne saurait se substituer à l'un de ses membres pour faire valoir des droits purement personnels à celui-ci, par exemple pour réclamer à un client le paiement d'une note de soins.

En l'espèce, l'appelante prétend, à tort ou à raison, que les actes de sieur Rey étaient de nature à porter atteinte à l'ensemble des membres de l'association, c'est-à-dire à la profession. Cette action est conforme au but de l'association tel que l'indiquent les statuts, elle est donc recevable.

(Au fond, la Cour a débouté, de concert avec le Tribunal de 1re instance, la demanderesse de la demande, vu qu'il n'est nullement établi que dame Ch., à défaut de sieur Rey, se serait adressée à un dentiste autorisé de Genève et faisant partie de l'association, ni même qu'elle se serait fait soigner, et qu'on ne saurait sérieusement prétendre que, par le seul fait d'avoir soigné dame Ch., sieur Rey a commis un acte susceptible de porter une grave atteinte à la situation personnelle des membres de l'association.)

(La Semaine judiciaire, année 31, p. 103 ss.)

---

39. *Verurteilung eines Unzurechnungsfähigen nach Art. 55 OR zu einer Entschädigung wegen eines durch Injurie zugefügten tort moral. Art. 55 u. 58 OR.*

Luzern. Urteil des Obergerichts vom 13. Juli 1906.

Der von Jakob H. wegen Beschimpfung mit Ausdrücken wie Lauskaib u. a. durch Injurienklage belangte Hermann B. wurde vom Bezirksgerichte von der Klage auf Beleidigung wegen Unzurechnungsfähigkeit freigesprochen, aber in Anwendung von Art. 55 OR zu einer Entschädigung von 100 Fr. an Kläger verurteilt. Das Obergericht wies auch diese Entschädigungsforderung ab.

Gründe: Art. 58 OR gestattet dem Richter, aus Rücksichten der Billigkeit ausnahmsweise auch eine nicht zurechnungsfähige Person, welche einen Schaden verursacht hat, zu teilweisem oder vollständigem Ersatze zu verurteilen. Art. 58 stellt sich somit als Ausnahmebestimmung dar, die vom Richter in ihrer praktischen Anwendung nicht weiter ausgedehnt werden darf, als ihr Wortlaut und naheliegender Sinn es unbedingt verlangen. Darnach aber fällt bloss effektiver Schaden im Sinne des Art. 50 OR, nicht aber auch tort moral gemäss Art. 55 unter diesen Gesetzesartikel.

Es ist nun durch die Akten in keiner Weise erstellt, dass der Kläger durch das Auftreten des Beklagten einen Vermögensschaden, z. B. durch Entgang von Geschäftskunden u. a., erlitten hat. Die Klage erscheint daher im Entschädigungspunkte als unbegründet. Dies wäre aber auch der Fall bei der Annahme, dass gestützt auf Art. 58 OR eine Schadensersatzpflicht, nach Massgabe des Art. 55 statuiert werden könnte. Denn die Ausdrücke, die Beklagter gegen den Kläger gebraucht hat, bedeuten eine blosse Schimpferei und enthalten um so weniger einen ernstlichen Eingriff in die persönlichen Verhältnisse des Klägers im Sinne des Art. 55, als es sich um Aeusserungen eines geistesschwachen Menschen handelt.

(Verhandlungen des Obergerichts v. J. 1906, S. 65 Nr. 461.)

---

40. *Haftung des Tierhalters. Bedeutung des Ausdrucks „soin voulu“ in Art. 65 OR.*

Bern. Urteil des App.- und Kass.-Hofes vom 14. November 1906 i. S. Faivre c. Thiévent.

Das Mädchen Marie Faivre in Noirmont war von einem auf der Weide frei herumlaufenden Pferde des A. Thiévent geschlagen und schwer verletzt worden. Der auf Art. 65 OR gestützten Schadensersatzklage hielt Thiévent entgegen, dass er die erforderliche Sorgfalt nicht verletzt habe, indem weder Uebung noch Gemeindereglemente in Noirmont verlangen, dass die Pferde auf der Weide gehütet werden; dass vielmehr die Pferde dort frei auf den Weiden zirkulieren. Das Gericht erklärte ihn aber für schadensersatzpflichtig. Es sagt:

L'art. 65 CO établit une présomption de responsabilité à l'égard du détenteur d'un animal, pour le dommage causé par ce dernier. La faute se présume donc, mais c'est là une présomption juris tantum, susceptible d'être combattue par une preuve contraire: la preuve que le détenteur de l'animal a gardé celui-ci „avec le soin voulu.“

Ce que la loi exige, c'est donc que l'animal ait été gardé „avec le soin voulu“ et non pas seulement avec le soin usuel. Alors même que l'usage et les règlements communaux n'exigent pas une surveillance spéciale, le détenteur d'un animal n'est pas moins tenu d'exercer sur ce dernier la surveillance commandée par les circonstances et par le caractère de l'animal (voir Revue der Gerichtspraxis, X Nr. 3).

La circonstance qu'au Noirmont les chevaux circulent librement dans les pâturages, exige une surveillance d'autant plus étroite, car les accidents peuvent être facilement provoqués. (Zeitschr. d. Bern. J.-V., XLIII S. 490 ff.)

---

41. *Dienstvertrag. Veranlassung eines Mitarbeiters zum Kontraktbruch ist wichtiger Grund zur Entlassung. Art. 346 OR.*

Zürich. Urteil des Obergerichts II. Appellationskammer vom 9. Juni 1906.

Ueber die Metallwarenfabrik von X. & Cie war seitens der Gewerkschaft der Metallarbeiter die Sperre verhängt worden. Trotz der letzteren trat aber ein Arbeiter M. neu in das Geschäft ein. Als nun ein anderer schon von früher her bei X. & Cie angestellter Arbeiter, Z., den neu eingetretenen M. im Geschäfte vorfand, kam es zwischen den beiden zu einem Auftritt, der zur Folge hatte, dass M. seinen Prinzipalen erklärte, die Stelle sofort wieder aufgeben zu müssen. Z. habe ihm für den Fall, dass er bleibe, körperliche Misshandlungen in Aussicht gestellt. Darauf stellten X. & Cie den Z. zur Rede, und als dieser bei dem betreffenden Gespräch die Aeusserung fallen liess, dass er in erster Linie die Interessen der Gewerkschaft zu wahren habe, erklärten sie ihm, dass er entlassen sei. Z. bestritt aber die Berechtigung einer sofortigen Aufhebung des Dienstverhältnisses und klagte auf Schadenersatz.

Erstinstanzlich wurde die Klage geschützt, vom Obergerichte dagegen verworfen.

Gründe: 1. Das Bezirksgericht hat sich auf den Standpunkt gestellt, dass die Frage, ob die Beklagten wichtige Entlassungsgründe gehabt hätten, bejaht werden müsste, wenn feststände, dass der Kläger den Nebenarbeiter durch Drohungen habe veranlassen wollen, die Arbeit im Geschäfte der Beklagten niederzulegen, dass dagegen ein wichtiger Grund zur Auflösung des Dienstvertrages darin allein nicht liege, dass der Kläger den M. in den Geschäftslokalitäten und während der Geschäftszeit auf die Sperre aufmerksam gemacht und gegenüber dem Geschäftsherrn auf Vorhalt geäussert habe, er müsse in erster Linie die Interessen der Gewerkschaft wahren. Es mag nun in dieser Beziehung zugegeben werden, dass eine rein sachliche Mitteilung von dem Bestehen einer gegen das beklagtische Geschäft gerichteten Sperre, auch wenn sie während der Geschäftszeit und in den Geschäftsräumen erfolgte, das Fortbestehen des Dienstverhältnisses für den Dienstherrn nicht unerträglich machen konnte, ebenso wenig wie die Aeusserung des Klägers, dass er bei Interessekonflikten die Interessen der Gewerkschaft vor denjenigen des Arbeitgebers zu wahren sich berufen erachte. Es kann hiebei dem Kläger Mangel an Takt vorgeworfen werden; solange sich aber die in dieser Aeusserung kundgegebene Gesinnung nicht

in die Tat umsetzte, hatten die Beklagten keinen Grund, sie als eine mit dem Vertragsverhältnis unvereinbare Feindseligkeit aufzufassen.

2. Dagegen brauchte der Arbeitgeber es sich nicht gefallen zu lassen, dass sein Arbeiter in dem Interessenstreit, der zwischen ihm und der Gewerkschaft, welcher dieser angehörte, entstanden war, wider ihn tätig Partei ergriff. Mit Unrecht wendet der Kläger hiegegen ein, dass darin keine Vertragsverletzung von seiner Seite liege, da seine Vertragspflichten nur in der Leistung von Diensten gegen entsprechende Entschädigung bestanden hätten, und er sich in dieser Beziehung keine Unterlassung habe zu schulden kommen lassen. Durch die Fabrikordnung ist den sämtlichen Arbeitern der Beklagten und durch den Dienstvertrag dem Kläger im besondern die Wahrung der Interessen der Firma ausdrücklich zur Pflicht gemacht, und mit Bezug hierauf erscheint das Verhalten des Klägers in der Tat als ein vertragswidriges; denn der Auffassung der ersten Instanz, dass eine vertragliche Vereinbarung, wonach ein Arbeiter selbst dann die Interessen seines Arbeitgebers wahren müsse, wenn eine direkte Kollision zwischen diesen und denjenigen der Arbeiterschaft vorliege, unsittlich und daher unverbindlich sei, ist durchaus nicht beizupflichten. Im Gegenteil erscheint die Zumutung an den Arbeiter, sich in einem solchen Interessenkonflikt mit Rücksicht auf das Dienstverhältnis eine gewisse Reserve aufzuerlegen und seinen Dienstherrn nicht als einen Gegner zu behandeln, nicht nur nicht als eine unbillige, geschweige denn unsittliche, sondern im Gegenteil als etwas durchaus Selbstverständliches.

Es ist indessen gar nicht nötig, die angeführte Bestimmung der Fabrikordnung und des schriftlichen Dienstvertrages zum Ausgangspunkte der Entscheidung zu machen. Denn die wichtigen Gründe, die einen Prinzipal zur sofortigen Lösung des Dienstverhältnisses berechtigen, brauchen keineswegs in der nicht gehörigen Erfüllung der vom Angestellten übernommenen Verpflichtungen zu liegen, ja sie müssen nicht einmal stets aus einem Verschulden desselben hergeleitet werden. Wichtig sind vielmehr im Sinne des Art. 346 OR alle Tatsachen, bei deren Vorhandensein in Berücksichtigung aller Umstände dem Dienstherrn die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht mehr zuzumuten ist. Eine solche Tatsache liegt nun aber vor, wenn der Arbeiter in dem Konflikte, der zwischen seiner Gewerkschaft und seinem Dienstherrn ausgebrochen ist und bereits zur Verhängung einer Sperre (Ver-

hinderung des Zuzuges fremder Arbeiter) geführt hat, in der Weise gegen den letztern Partei ergreift, dass er Arbeiter, die bei ihm eintreten wollen, durch sein Zureden davon abhält, oder solche, die bereits eingetreten sind, veranlasst, den kaum abgeschlossenen Dienstvertrag zu brechen. Das sind feindselige Akte, die mit dem Wesen des Dienstvertrages, als eines auf die Dauer berechneten und einen steten persönlichen Verkehr zwischen Arbeiter und Dienstherrn erheischenden Verhältnisses durchaus unverträglich sind. Die erste Instanz gibt das im Grunde auch zu, indem sie selbst erklärt, dass die Entlassung als gerechtfertigt angesehen werden müsse, wenn festgestellt wäre, dass der Kläger den M. durch Drohungen bewogen habe, die Arbeit bei den Beklagten sofort niederzulegen. Es ist indessen nicht wesentlich, welche Mittel der Kläger angewendet habe, um den M. zu diesem Entschluss zu bringen, es kommt nur darauf an, ob dieser Entschluss auf die Einwirkung des Klägers zurückzuführen sei.

3. Darüber kann nun im Ernste kein Zweifel sein. M. selbst hat gegenüber einem der Anteilhaber der beklagtischen Gesellschaft erklärt, der Kläger habe ihm sogar mit Schlägen gedroht, wenn er nicht austrete, und wenn auch die Zeugen, die bei dem Vorfall, der sich zwischen M. und dem Kläger abspielte, zugegen waren, hievon nichts wissen wollen, so ist immerhin möglich, dass sie nicht alle Aeusserungen, die bei jenem Vorfalle gefallen sind, gehört haben, obschon sie zugegen gewesen sind; denn der Vorfall ereignete sich während der Arbeitszeit, die Zeugen werden also beschäftigt und nicht im Falle gewesen sein, ihre Aufmerksamkeit ungeteilt dem Gespräch zwischen M. und dem Kläger zu widmen.

Wenn aber auch der Beweis dafür, dass der Kläger dem M. mit körperlichen Nachteilen gedroht habe, sofern er den Dienst bei der Beklagten nicht verlasse, nicht als geleistet zu betrachten wäre, so erhellt aus den Zeugenaussagen jedenfalls so viel, dass der Vertragsbruch des M. — und um einen solchen handelte es sich, da die dreitägige Kündigungsfrist des Art. 344 nicht innegehalten wurde — auf das Zureden des Klägers zurückzuführen ist, und dass dessen Absicht darauf gerichtet war. Denn es liegt auf der Hand, dass der Kläger s nicht bei der einfachen Mitteilung der Tatsache, dass über las Geschäft der Beklagten die Sperre verhängt sei, hat bevenden lassen. M. hatte ja, wie aus den Zeugenaussagen iervorgeht, davon bereits Kenntnis, liess sich dann aber durch las Zureden der Beklagten bewegen, die Arbeit aufzunehmen, nd erst, nachdem er mit dem Kläger verkehrt hatte, legte

er die Arbeit wieder nieder. Es ist daher anzunehmen, dass er vom Kläger hiezu veranlasst worden war. Es hat dieser, als er von seinen Prinzipalen hierüber zur Rede gestellt wurde, das auch keineswegs bestritten, sondern sich einfach damit entschuldigt, dass er eben die Interessen der Gewerkschaft habe berücksichtigen müssen.

Die sofortige Entlassung des Klägers erscheint demnach als gerechtfertigt, weshalb dessen Schadenersatzanspruch zu verwerfen ist. (Blätter f. zürch. Rechtspr., VI S. 109 ff.)

---

42. *Exekution eines französischen Ehescheidungsurteils in der Schweiz. Haager Uebereinkommen vom 12. Juni 1902, Art. 2 und 7.*

Basel-Stadt. Urteil des Appellationsgerichts vom 17. Januar 1908 i. S. Eheleute de Kermel-Villard.

Die Eheleute de Kermel-Villard sind von dem Civilgerichte Versailles auf Klage der Ehefrau am 13. Juni 1907 von Tisch und Bett geschieden und die Kinder der Klägerin zugesprochen, die ebenfalls auf Scheidung von Tisch und Bett und Zusprechung der Kinder an den Beklagten gerichtete Widerklage des Ehemanns abgewiesen worden. Das Urteil ist in Rechtskraft erwachsen. Am 13. Juli 1906 schon hatte der Beklagte sein Töchterlein nach Basel gebracht und weigert sich, es dem Urteil gemäss der Mutter herauszugeben. Diese hat daher mit Klage vom 11. Dezember 1907 vor Civilgericht Basel die Vollstreckbarerklärung des Urteils von Versailles bezüglich der Herausgabe des Kindes und Verurteilung des Vaters zu letzterer verlangt. Sie stützt sich auf die Haager Uebereinkunft, den französisch-schweizerischen Staatsvertrag von 1869 und eventuell auf § 258 der Civilprozessordnung. — Das Civilgericht wies die Klage mit der Begründung ab, dass die Haager Uebereinkunft in Art. 7 bestimme, die Trennung von Tisch und Bett, die durch ein zuständiges Gericht ausgesprochen wird, sei überall anzuerkennen, sofern die Bestimmungen dieses Abkommens beobachtet worden sind. Als solche Bestimmung falle wesentlich Art. 2 des Abkommens in Betracht, dass die Trennung von Tisch und Bett sowohl nach dem Gesetze des Heimatstaates als nach der lex fori zulässig sei. Diese Voraussetzung sei in casu nicht erfüllt, da die Schweiz keine Scheidung von Tisch und Bett auf Lebenszeit kenne; ein schweizerischer Richter könnte kein solches Urteil fällen, also könne er auch kein solches vollstrecken. Damit falle auch die Anwendbarkeit des § 258 CPO dahin, nach welchem

die Exekution eines ausländischen Urteils nur dann möglich ist, wenn dessen Inhalt bei uns anerkannt wird. Sei aber das Urteil auf lebenslängliche Trennung in der Schweiz nicht exequierbar, so gelte das auch für die Nebenfolgen, die Zusprechung der Kinder.

Das Appellationsgericht reformierte dieses Urteil und verurteilte den Beklagten in Vollstreckung des Urteils von Versailles zur Herausgabe des Kindes an die Klägerin.

Gründe: Nach Art. 7 des internationalen, sowohl für die Schweiz als für Frankreich geltenden Haager Uebereinkommens sind die Scheidung und die Trennung von Tisch und Bett, die durch ein nach Art. 5 desselben Uebereinkommens zuständiges Gericht ausgesprochen worden sind, überall (d. h. in jedem Vertragsstaate) anzuerkennen, vorausgesetzt, dass in dem betreffenden Urteile die Bestimmungen des Uebereinkommens beobachtet worden sind. In Art. 5 ist gesagt, dass die Klage auf Scheidung oder auf Trennung von Tisch und Bett, abgesehen von gewissen, hier nicht in Betracht fallenden Ausnahmen, entweder bei dem nach dem Gesetze des Heimatstaates der Ehegatten zuständigen Gerichte, oder bei dem zuständigen Gerichte des Wohnsitzes der Ehegatten erhoben werden kann. Nach den Art. 1 und 2 aber kann eine Scheidungsklage nur dann erhoben werden, wenn sowohl das Gesetz des Heimatstaates der Ehegatten, als auch „das Gesetz des Ortes, wo geklagt wird" (la loi du lieu où la demande est formée), die Scheidung zulassen und wenn die Scheidung in dem zu beurteilenden Fall sowohl nach dem Gesetz des Heimatstaates, als auch nach dem Gesetze des Ortes, wo geklagt wird, zulässig ist; das gleiche gilt für die Trennung von Tisch und Bett.

Das zur Vollstreckung unterbreitete Urteil steht völlig im Einklang mit diesen Bestimmungen. Die erste Instanz anerkennt, dass das Gericht in Versailles gemäss dem französischen Recht die Trennung von Tisch und Bett habe aussprechen können; damit sind aber die Bedingungen für die Anerkennung des Urteils in einem andern Vertragsstaate erfüllt, weil das Versailler Gericht zugleich das heimatliche Recht der Parteien und das Recht des Staates, in welchem die Parteien geklagt haben (die lex fori) angewendet hat. Die Auffassung der ersten Instanz, dass das Urteil auch dem Gesetze des Landes, in dem es zur Vollstreckung gelangt, entsprechen müsse, ist rechtsirrtümlich und beruht auf einer Verwechslung der Aufgabe des urteilenden Richters mit derjenigen des vollstreckenden Richters, der lex fori mit dem

Rechte des Vollstreckungsortes. Nach Art. 2 des Uebereinkommens kommt das letztere Recht gar nicht in Betracht, sondern neben dem (hier beachteten) Heimatrechte nur das (hier mit dem Heimatrechte identische) Recht des Ortes, an welchem die Trennungsklage erhoben worden ist.

Die zweitinstanzliche Auslegung des Art. 7 des Uebereinkommens entspricht auch völlig dem Zwecke dieser Bestimmung, bei Scheidungen von Angehörigen eines Vertragsstaates durch ausländische Gerichte die Beobachtung des heimatlichen Gesetzes der Parteien zu sichern. In unserm Falle, wo es sich um die Konsequenzen eines von einem französischen Gericht über ein französisches Ehepaar ausgesprochenen Trennungsurteils handelt, hat der schweizerische Richter kein heimatstaatliches Interesse zu wahren; er kann füglich, ohne die Normen des hiesigen öffentlichen Rechts zu verletzen oder die öffentliche Ordnung zu stören, die auf unserm Gebiete aus dem Urteile des Heimatrichters erwachsenden Folgen in Bezug auf Elternrechte so gut wie in Bezug auf Vermögensrechte ziehen. Es entspricht dies auch der hiesigen (nach RGE 55, S. 358 auch der reichsdeutschen) Praxis vor Inkrafttreten der Haager Konvention, die dahin ging, dass hier niedergelassene Ausländer, die im Inlande nicht geschieden oder zeitlebens getrennt werden konnten, den Rat erhielten, sich wegen der Scheidung oder Trennung an ihr heimatliches Gericht zu wenden, auf dessen Scheidungs- oder Trennungsspruch sie auch im Inlande als geschiedene oder getrennte Eheleute behandelt würden.

Die Auffassung des erstinstanzlichen Urteils aber würde zu dem unglücklichen Resultate führen, dass hier niedergelassene, in ihrer Heimat von Tisch und Bett getrennte Ausländer hier als verheiratet anzusehen und in allen Beziehungen als Verheiratete zu behandeln wären. Sie würde auch das Haager Uebereinkommen, dessen Unifikationszwecke schon in verschiedenen Richtungen behindert sind, fast illusorisch machen; denn es dürfte selten gelingen, ein Scheidungs- oder Trennungsurteil, namentlich in Bezug auf Nebenpunkte des Urteils und Rechtsfolgen aller Art, dem Gesetze aller möglicherweise in Betracht kommenden Vollstreckungsorte anzupassen.

Unter diesen Umständen ist eine Prüfung des klägerischen Vollstreckungsbegehrens auf Grund des schweizerisch-französischen Staatsvertrages von 1869 überflüssig geworden. Nach § 258 der CPO aber steht der Vollstreckung weiter nichts mehr im Wege. (Direkte Mitteilung.)

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

43. *Berufung an das Bundesgericht. Zulässigkeit: Anwendung oder Anwendbarkeit eidgenössischen Rechts. Art. 56 B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893. Liquidation von Erbschaften; Voraussetzungen, unter denen die Anfechtungsklage nach Art. 285 ff. SchKG statt hat: Verlustschein oder Konkursverfahren. Bei Antritt der Erbschaft, wenn auch sub beneficio inventarii, ist Konkurs (und damit auch die Anfechtungsklage auf Grund Konkurses) ausgeschlossen.*

Der Kläger S. war Gläubiger des am 20. Juli 1906 verstorbenen Z. Der Nachlass des Z. wurde auf Grund des baselstädtischen Gesetzes betreffend eheliches Güterrecht etc. vom 10. März 1884 liquidiert; S. verlangte mit seiner Klage Ungültigerklärung einer Zession des Z. an die Beklagte H. Vom Appellationsgerichte Basel-Stadt abgewiesen, gelangte S. an das Bundesgericht; dieses ist jedoch auf die Berufung nicht eingetreten, mit der Begründung:

(2.) Die im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vorgesehene Anfechtungsklage setzt die Durchführung eines Konkursverfahrens oder aber das Vorhandensein eines Verlustscheines infolge Betreibung voraus (Art. 285 SchKG; vergl. dazu AS **26** II S. 477). Nun ist der Kläger allerdings im Besitze einer Bescheinigung der Zivilgerichtsschreiberei, des Inhalts, dass er bei der Liquidation der Erbschaft seines Schuldners mit Fr. 4327. 10 zu Verlust gekommen sei. Diese Bescheinigung wurde indessen nicht infolge einer gegen Z. oder dessen Nachlass gerichteten Betreibung ausgestellt, sondern infolge Durchführung eines im kantonalen Erbschaftsgesetze vorgesehenen Verfahrens. Eine Betreibung war vom Kläger zwar angehoben worden; dieselbe hat jedoch nicht zur Ausstellung eines Verlustscheines geführt, sondern es wurde nach erhobenem Rechtsvorschlag die Rechtsöffnung verweigert, und es scheint auch die ordentliche Zivilklage gegen die Erbmasse unterblieben zu sein.

(3.) Ebenso wenig ist die andere der beiden in Art. 285 SchKG alternativ aufgestellten Voraussetzungen, die Durch-

führung oder Einleitung eines Konkursverfahrens, im vorliegenden Falle erfüllt. Im Wege des Konkurses wird nach Art. 193 SchKG eine Verlassenschaft nur dann liquidiert, wenn dieselbe von den Erben ausgeschlagen wurde, und zwar bedarf es in solchen Fällen einer der Konkurseröffnung analogen Verfügung (vergl. Jäger, Anm. 2 zu Art. 193). Im vorliegenden Falle ist aber keine Ausschlagung, sondern im Gegenteil, wenn auch sub beneficio inventarii, ein Antritt der Erbschaft erfolgt, und es wurde demgemäss auch keine der Konkurseröffnung analoge Verfügung erlassen. Eine Anwendung der Art. 285 ff. des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs war daher in der Tat ausgeschlossen.

Allerdings kann sich unter solchen Umständen das unbefriedigende Resultat ergeben, dass die Gläubiger einer sub beneficio inventarii angetretenen überschuldeten Erbschaft in Bezug auf die Anfechtung sie schädigender Rechtsgeschäfte schlechter gestellt werden als die Gläubiger einer ausgeschlagenen Erbschaft. Indessen besteht keine Möglichkeit, die Anwendung der vom Betreibungs- und Konkursrecht für ausgeschlagene Erbschaften vorgesehenen Anfechtungsklage auf angetretene Erbschaften auszudehnen; vielmehr ist es klar, dass für die Liquidation dieser letztern, auch wenn dieselben überschuldet sind, einzig und allein die Bestimmungen des Erbrechtes massgebend sein können.

Die vorliegende Streitsache ist demnach vom kantonalen Richter mit Recht unter ausschliesslicher Anwendung kantonalen Rechtes entschieden worden, so dass die Berufung als unzulässig erscheint. (Entscheid vom 6. Dezember 1907 i. S. Selinger c. Höfle.)

---

44. *Berufung an das Bundesgericht. Zulässigkeit: Zivilrechtsstreitigkeit; eidgenössisches Recht. Art. 56 B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893. Klage auf Aberkennung eines Steueranspruches; Vergleich über den Steueranspruch; Anerkennung weiterer Steuerpflicht oder Schenkung?*

Im Jahre 1903 hatte der Kläger, gegenüber einer auf Fr. 125,000 lautenden amtlichen Taxation seines im Kanton Schwyz steuerpflichtigen Vermögens, durch gerichtliche Klage verlangt, es sei sein steuerpflichtiges Vermögen auf Fr. 70,000 zu veranschlagen. Im Laufe des Prozesses war darauf folgender Vergleich zu Stande gekommen: „1. Das herwärtige steuerbare Vermögen des Klägers wird auf Fr. 100,000 festgesetzt.

2. Beklagtschaft begnügt sich damit, macht jedoch den Vorbehalt, dass, wenn Kläger früher oder später eine oder mehrere seiner auswärtigen Liegenschaften veräussern oder mit Hypotheken belegen sollte und daher dieselben auswärts nicht mehr oder bloss teilweise versteuern müsste, sie (Beklagtschaft) befugt ist, diesen Teil des klägerischen Vermögens auch nachher zur herwärtigen Versteuerung heranzuziehen."

Am 27. Dezember 1906 schrieb der Kläger dem Regierungsrat des Kantons Schwyz unter Beilegung von 200 Fr.:

„Wie Ihnen bekannt, habe ich einen Teil des Vermögens „in Immobilien in Zürich angelegt und bin auch hiefür dort „zur Steuerpflicht herangezogen worden. Ich finde nun selbst, „dass man das Vermögen, wenn immer möglich, im eigenen „Kanton versteuern sollte, und habe mich daher wiederholt „bemüht, die Liegenschaften in Zürich zu veräussern, allein „es ist mir bis jetzt nicht gelungen, einen soliden Käufer zu „finden ..... erkläre ich mich, auch wenn die daherige „Stellung mir als Inhaber eines Generalabonnements keinen „grossen Vorteil bietet, bereit, dem Kanton für das kommende „Jahr ohne Rechtspflicht, eine Steuer von weitern Fr. 100,000 „zu entrichten und lege den Betrag von Fr. 200 gleich bei, „indem ich Ihnen überlasse, denselben in laufender Rechnung „zu verwenden, oder dem Irrenhausbaufonds einzuverleiben."

Hierauf beschloss der Regierungsrat am 7. Januar 1907: „Vormerkung am Protokoll und Weisung an das Finanzdepartement, Herrn D. im Steuerregister mit einem Vermögenszuwachs von Fr. 100,000 zu belasten."

Demgegenüber vertrat der Kläger die Auffassung, es habe sich bei der Zuwendung jener 200 Fr. lediglich um eine Liberalität gehandelt. Der Regierungsrat dagegen beharrte darauf, dass der Kläger in jener Zuschrift einen Vermögenszuwachs von Fr. 100,000 anerkannt habe. Immerhin sei von obigen Fr. 100,000 die Steuer erst pro 1907 zu beziehen.

Nun erhob Dr. D. nochmals Klage, mit folgender Rechtsfrage:

„Ist nicht gerichtlich zu erkennen, die von der Beklagt„schaft verfügte Erhöhung des steuerpflichtigen Vermögens um „Fr. 100,000 sei unbegründet und die Offerte des Klägers an „den Kanton, Fr. 200 bezahlen zu wollen, unter der aus„drücklichen Erklärung „„ohne Rechtspflicht"" begründe keine „Steuerpflicht des Klägers für weitere Fr. 100,000."

Auf die vom Kläger, nach Abweisung seiner Klage durch die kantonalen Instanzen, ergriffene Berufung ist das Bundesgericht nicht eingetreten. Gründe:

1. Der Kläger verlangt Aberkennung eines vom Beklagten gegen ihn erhobenen Steueranspruches. Es handelt sich somit im vorliegenden Falle, wenn auf die Natur des streitigen Anspruches abgestellt wird, um eine öffentlich-rechtliche, der Berufung an das Bundesgericht nicht unterliegende Streitigkeit.

2. Aber auch bei Berücksichtigung derjenigen Rechtsakte, auf welche sich der Beklagte zur Begründung seines Anspruches beruft, muss das Vorhandensein einer Zivilrechtsstreitigkeit verneint werden.

Was nämlich zunächst den Vergleich vom Jahre 1903 betrifft, so qualifiziert sich derselbe als Vertrag über die Steuerpflicht eines Privaten. Solche Verträge werden aber, weil sie ein Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechtes betreffen und die Kontrahenten in Bezug auf dieses zu einander in einem Verhältnis der Ueber- und Unterordnung stehen, ausschliesslich vom öffentlichen Rechte beherrscht. Vgl. AS **29** II S. 426 f.

Das gleiche gilt von der Erklärung des Klägers vom 27. Dezember 1906, sofern darin eine Anerkennung der Steuerpflicht des Klägers erblickt wird. Würde dieselbe aber als Schenkung aufgefasst, so wäre das Bundesgericht zur Anhandnahme der Berufung ebenfalls nicht kompetent, da das Institut der Schenkung, wie stets erkannt wurde, in seinem ganzen Umfange, nicht nur bezüglich seiner Form (vgl. Art 10 OR), dem kantonalen Rechte untersteht.

3. Bei dieser Sachlage braucht nicht untersucht zu werden, welche der beiden angegebenen allein möglichen Auslegungen der Erklärung des Berufungsklägers vom 27. Dezember 1906 die richtige sei, ferner ob im vorliegenden Falle der Streitwert wirklich Fr. 4000 übersteigen würde, wie der Kläger annimmt, und ob in dieser Beziehung die einfache Erklärung des Klägers, der Streitwert werde „auf einen Fr. 4000 übersteigenden Betrag angegeben", genügen würde. (Entsch. vom 1. Februar 1908 i. S. Diethelm c. Kanton Schwyz.)

---

45. *Berufung an das Bundesgericht. Zulässigkeit: Anwendbarkeit eidgenössischen Rechts. Art. 56 und 57 B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893. Schiedsvertrag. Verfahren vor Schiedsgericht und Schiedsspruch sind ausschliesslich vom kantonalen Rechte beherrscht.*

Die Parteien hatten am 5./12. September 1902 einen Vertrag über Lieferung von Waren abgeschlossen, welcher

u. a. bestimmte, es seien „alle in Auslegung oder Anwendung „des gegenwärtigen Vertrages oder in Bezug auf die Rechte „und Pflichten der Kontrahenten zusammenhängenden Ver- „hältnisse, zwischen den Kontrahenten erwachsenen Differenzen „und Streitigkeiten mit Ausschluss des Rechtswegs durch ein „aus drei Personen bestehendes Schiedsgericht zu schlichten." Nachdem über die Ausführung dieses Vertrages Streitigkeiten entstanden waren, sprach am 11. Juli 1905 ein gemäss dieser Schiedsgerichtsklausel von den Parteien konstituiertes Schiedsgericht die Aufhebung des ganzen Vertrages vom 5./12. September 1902 aus.

Hierauf belangte die Klägerin vor dem Handelsgericht des Kantons Aargau die Beklagte auf Bezahlung verschiedener Kaufpreisraten. Demgegenüber beantragten die Beklagten:

„Das Handelsgericht wolle auf die Klage mit Rücksicht „auf die im massgebenden Vertrage enthaltene Schiedsgerichts- „klausel wegen Unzuständigkeit, bezw. Unzulässigkeit des „Rechtswegs, nicht eintreten," wogegen die Klägerin ihrerseits beantragte:

„Es sei die fristliche Einrede als unbegründet zu ver- „werfen, und es wolle das Handelsgericht auf die materielle „Behandlung der Klage eintreten."

Zur Begründung ihrer „fristlichen Einrede" beriefen sich die Beklagten auf die im Vertrage vom 5./12. September 1902 enthaltene Schiedsgerichtsklausel, indem sie geltend machten, die Aufhebung dieses Vertrages durch das Schiedsgericht sei ungesetzlich gewesen. Das zur Entscheidung benötigte Material habe den Schiedsrichtern nicht vorgelegen, und der Obmann sei überhaupt bei der Entscheidung nicht zugegen gewesen. Es fehle dem Schiedsspruch auch die Begründung. Vor allem aber hätten die Schiedsrichter ihre Kompetenz überschritten, da keine Partei die Aufhebung des Vertrages vom September 1902 beantragt habe. Es sei daher der Schiedsspruch ungültig, woraus folge, dass die Schiedsgerichtsklausel noch zu Recht bestehe und also das Handelsgericht als staatliches Gericht zur Beurteilung der Streitsache inkompetent sei.

Das Handelsgericht des Kantons Aargau wies die fristliche Einrede der Unzuständigkeit als unbegründet ab und sprach seine Zuständigkeit aus.

In den Erwägungen dieses Urteils ward ausgeführt, der Schiedsspruch vom 11. Juli 1905 könne vor staatlichen Instanzen mit Erfolg nicht angefochten werden und sei daher für das Handelsgericht verbindlich; jedenfalls fehle diesem

die Kompetenz, über die Rechtsbeständigkeit des Schiedsspruches eine materielle Prüfung walten zu lassen. Uebrigens seien die von den Beklagten gegen die Gültigkeit des Schiedsspruches vorgebrachten Gründe sämtlich hinfällig.

Gegen dieses Urteil ergriffen die Beklagten die Berufung an das Bundesgericht, mit dem Begehren: „Der handelsge-„richtliche Entscheid, der die Beklagten verhält, auf die Klage „vor den staatlichen Gerichten sich einzulassen, sei aufzuheben „und auszusprechen, dass die im Vertrage der Beklagten mit „der Klägerin enthaltene Schiedsgerichtsklausel für die Klägerin „verbindlich sei und durch den sog. Schiedsspruch vom 11. Juli „1905 nicht rechtswirksam habe aufgehoben werden können, „und dass demgemäs die Streitsache schiedsgerichtlich zu be-„urteilen sei und von den staatlichen Gerichten auf sie nicht „eingetreten werden dürfe.“

Das Bundesgericht ist auf die Berufung nicht eingetreten, mit folgender Begründung:

Das angefochtene Urteil betrifft lediglich die Frage der Gültigkeit eines Schiedsvertrages, bezw., da die ursprüngliche Gültigkeit dieses Schiedsvertrages unbestritten ist, die Frage der Gültigkeit eines die Aufhebung des Schiedsvertrages aussprechenden Schiedsspruches. Nun werden aber der Schiedsvertrag sowohl als das Verfahren vor Schiedsgerichten und der Schiedsspruch, weil dem Prozessrechte angehörend, ausschliesslich vom kantonalen Rechte beherrscht. Das Bundesgericht ist somit, da eidgenössisches Recht nicht in Frage steht, zur Anhandnahme der vorliegenden Berufung inkompetent.

Diesem Resultate suchen die Berufungskläger dadurch zu entgehen, dass sie geltend machen, es habe sich das Schiedsgericht nicht bloss gegen die Vorschriften über das Verfahren, sondern auch gegen den materiellen Inhalt des die Schiedsgerichtsklausel enthaltenden Vertrages vom 5./12. September 1902 vergangen und dadurch „das materielle, also das eidgenössische Recht“ verletzt. Demgegenüber ist jedoch darauf zu verweisen, dass es eben eine Frage des Schiedsverfahrens und daher des Prozessrechtes ist, nicht nur ob das Schiedsgericht bei der Aufhebung des die Schiedsgerichtsklausel enthaltenden Vertrages prozessualisch richtig vorgegangen sei, bezw. ob das von ihm eingeschlagene Verfahren einer Ueberprüfung durch die staatlichen Gerichte unterstehe, sondern auch, ob das Schiedsgericht überhaupt zur Aufhebung jenes Vertrages kompetent gewesen sei. Dabei vermag der Umstand, dass das Schiedsgericht allerdings nicht nur die im

Vertrage vom 5./12. September 1902 enthaltene Schiedsgerichtsklausel, sondern diesen Vertrag vollinhaltlich als aufgehoben erklärt hat, die Kompetenz des Bundesgerichts nicht zu begründen. Jener Vertrag scheint freilich in seinem übrigen Inhalte, d. h. von der Schiedsgerichtsklausel abgesehen, dem eidgenössischen Rechte unterstanden zu haben. Die Aufhebung desselben ist indessen nicht durch den ordentlichen kantonalen Richter, gegen dessen Urteil sich die Berufung richtet, sondern durch das Schiedsgericht ausgesprochen worden. Der Schiedsspruch ist aber als solcher vom Bundesgerichte nicht zu überprüfen. (Entscheid vom 22. Februar **1908** i. S. J. J. Fischers Söhne c. Deutsche Gold- und Silber-Scheideanstalt.)

---

46. *Berufung an das Bundesgericht. Abweisung einer Berufung wegen mangelnder Partei- und Prozessfähigkeit des Beklagten und Berufungsbeklagten. Kostenspruch.*

Die Kläger G. belangten den „Pressverein von Oberwallis" auf Schadensersatz wegen Vertragsbruches. Von den kantonalen Instanzen aus materiellen Gründen abgewiesen, ergriffen die Kläger die Berufung an das Bundesgericht. Hier stellte sich heraus, dass der „Pressverein von Oberwallis" gar nicht Rechtspersönlichkeit besitze und daher auch nicht partei- und prozessfähig sei. Das Bundesgericht hat aus diesem Grunde die Berufung abgewiesen und im wesentlichen bemerkt:

Ce n'est pas là qu'une question de forme, c'est aussi une question de fond, et une question qui peut être soulevée en tout état de cause, et qui doit l'être au besoin d'office, même en dernière instance, car il va de soi qu'un tribunal ne saurait, dans les causes qui, comme celles-ci, supposent nécessairement deux parties, adjuger à la partie demanderesse ses conclusions alors que celles-ci ne sont dirigées contre personne qui puisse prendre au procès la place de défendeur (conf. art. 5 proc. civ. féd. et 85 OJF; RO **21** numéro 142, consid. 4 et 5, p. 1074/1075, et **24** II numéro 97, consid. 5, p. 848 et suiv.; en droit français, Rivière, Pandectes françaises, verb. exceptions et fin de non recevoir, numéros 113, 117 et 119 à 125; Fuzier-Hermann, Répert. gén. verb. nullités, numéros 289 et 314; en droit allemand, Planck, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, Bd I, 1887, § 43, VI, 2, 3 et 5, p. 213; § 44, IV, 2, 3 et 4, p. 218/219, et Bd II, 1896, § 95, p. 87 ss.; Struckmann und Koch, die Civilprozessordnung für das deutsche Reich, 6me édition, 1895, Anm. 2 zum 2. Abs., p. 54 infra, et Anm. 1 ad § 54, p. 62 ss.; Seuffert, Kommentar zur

Civilprozessordnung für das deutsche Reich, 7me édition, 1895, p. 66 ss, et ad § 54, p. 79 ss.; K. Hellwig, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, 1903, Bd 1, p. 151/153 et 292 ss.; et Gaupp-Stein, die Civilprozessordnung für das deutsche Reich, 6me et 7me édition, 1904, Bd 1, ad § 56 [anc. 54], p. 167 ss.).

Bien que l'instance cantonale ne se soit point arrêtée à cette question de capacité sur laquelle son attention ne paraît pas avoir été attirée, il n'y a pas lieu de lui renvoyer la cause pour nouveau jugement en conformité de l'art. 82, al. 2, OJF ou, pour autant que cette question de capacité aurait pu relever du droit cantonal, en conformité de l'art. 83 ibid., car, dans l'état où la cause se présente aujourd'hui devant lui, le Tribunal fédéral est déjà en situation de juger ce qu'il en est à cet égard, et il a aussi la faculté de le faire en vertu des articles 82, al. 1 et 83, leg. cit.

Le recours doit donc être écarté, sans qu'il y ait lieu d'entrer dans l'examen d'aucun des griefs articulés par les recourants à l'encontre du jugement du 21 décembre 1905, lequel n'est ainsi confirmé au fond que par les motifs susénoncés essentiellement différents de ceux que l'instance cantonale avait cru devoir mettre à la base de son jugement et sur la valeur desquels le Tribunal fédéral n'a pas à se prononcer ici.

Quant au prononcé de l'instance cantonale sur les frais, il est de jurisprudence constante que le Tribunal fédéral ne revoit cette partie accessoire du jugement cantonal que lorsque ce dernier se trouve être réformé dans son dispositif au fond. Il n'y a aucune raison de s'écarter de cette jurisprudence en l'espèce, et il n'y a pas lieu non plus de se demander ici ce qu'il pourra adoucir de cette partie du jugement en tant qu'elle déclare mettre certains frais à la charge du „Pressverein" ou prétend, au contraire, donner à celui-ci le droit de répéter certains frais contre les demandeurs.

Quant au frais de l'instance fédérale, ils seront naturellement supportés par les demandeurs qui succombent dans leur recours; mais il ne saurait être question de dépens puisque, à proprement parler, il n'y a pas eu de partie défenderesse dans ce procès. . . . . (Entscheid vom 8. November 1907 i. S. Gessler c. Pressverein Oberwallis.)

---

47. *Art. 65, 43 B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893. Wiederherstellung gegen den Ablauf der Berufungsfrist.*

Zur Begründung eines Wiederherstellungsgesuches gegen die Folgen der Versäumung der Berufungsfrist brachte der Petent vor, dass zufolge der geschäftlichen Krise in Amerika die st. gallischen Stickereiexporteure zur Zeit geschäftlich ganz ausserordentlich in Anspruch genommen seien. So habe gerade im klägerischen Geschäft am Tage der Fristversäumnis der Teilhaber A. B. bis abends 11 Uhr gearbeitet. Infolge dieser „unverschuldeten Geschäfts- und Zwangslage“ sei der Genannte abgehalten gewesen, dem Anwalte rechtzeitig Auftrag zur Ergreifung der Berufung zu geben, bezw. dessen Notiz auf dem Urteilsregresse über den Ablauf der Berufungsfrist zu beachten.

Das Bundesgericht hat das Restitutionsgesuch abgewiesen in Erwägung:

1. dass grosser Geschäftsandrang nicht als ein der rechtzeitigen Berufungserklärung entgegenstehendes Hindernis im Sinne von Art. 43 OG erscheint;

2. dass denn auch nach der Begründung des Restitutionsgesuches die Fristversäumnis im vorliegenden Falle nicht auf eine infolge Geschäftsandranges eingetretene Unmöglichkeit, sondern vielmehr auf eine Vergesslichkeit zurückzuführen ist, wobei der Geschäftsandrang lediglich als Entschuldigungsgrund in Betracht kommen könnte;

3. dass aber eine Berücksichtigung solcher Entschuldigungsgründe im Gesetze nicht vorgesehen ist;

4. dass somit, insofern es sich um Versäumung der Berufungsfrist durch die Teilhaber der klägerischen Firma handelt, ein gesetzlicher Restitutionsgrund nicht vorliegt. (Entscheid vom 25. Januar 1908 i. S. Breitenmoser & Cie c. Bänziger.)

---

48. *Bundesgesetz über die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten, vom 1. Mai 1850, Art. 35. Frist zur Beschwerde an das Bundesgericht; Wiederherstellung gegen die Versäumnis der Frist. Es ist nicht Art. 69 BZP, sondern Art. 43 OG anwendbar.*

Was die bisher noch nicht entschiedene Frage betrifft, ob gegen die Versäumung der Beschwerdefrist des Art. 35 Expr. Gesetz eine Wiederherstellung überhaupt zulässig sei, kann jedenfalls die Bestimmung des Art. 69 Bundes-ZPO, der schon die blosse Einwilligung der Gegenpartei als Wiederherstellungsgrund vorsieht, keine Anwendung finden. Denn direkt bezieht sich diese Bestimmung nur auf die in der Bundes-ZPO selbst normierten Fristen im Zivilprozesse vor Bundesgericht als erster und einziger Instanz. Und auch analog ist

sie auf die hier streitige Rechtsmittelfrist nicht übertragbar, weil es sich dabei um eine auch im öffentlichen Interesse gesetzte sog. Notfrist handelt, die als solche — wie das Bundesgericht bereits bezüglich ihrer vereinbarungsweisen Verlängerung festgestellt hat (AS **18** Nr. 40, Eg. 2, S. 208 f) — naturgemäss der Parteidisposition entzogen ist und mangels einer abweichenden Spezialvorschrift nicht anders behandelt werden kann, als die Fristen der anderweitigen Weiterziehungen von Streitsachen an das Bundesgericht, insbesondere der zivilrechtlichen Berufung, bei welchen die Wiederherstellung auf Grund blosser Einwilligung der Gegenpartei ausgeschlossen ist (Art. 43 OG). Dagegen erscheint ohne weiteres als statthaft und geboten die analoge Anwendung dieser letztgenannten organisationsgesetzlichen Bestimmung, welche dem Art. 70 Bundes-ZPO entspricht und dahin lautet, dass Wiederherstellung gegen die Folgen der Versäumung einer Frist nur erteilt werden könne, „wenn „der Gesuchsteller nachweist, dass er oder sein Vertreter „durch unverschuldete Hindernisse abgehalten worden ist, „innerhalb der Frist zu handeln, und die Wiederherstellung „binnen zehn Tagen, von dem Tage an, an welchem das „Hindernis gehoben ist, verlangt wird.“ Denn für eine Ausnahmestellung der Frist des Art. 35 Expr. Ges. gegenüber den im OG selbst aufgestellten Rechtsmittelfristen, auf welche der zitierte Art. 43 direkt anwendbar ist, bietet das Expr. Ges. keinerlei Anhaltspunkt. Es ist somit auf das vorliegende, gemäss Art. 43 OG rechtzeitig eingereichte Wiederherstellungsgesuch einzutreten. (Entsch. vom 25. Februar 1908 i. S. Zweifel c. Bodensee-Toggenburg-Bahn.)

---

49. *Revision gegen bundesgerichtliche, in der Berufungsinstanz erlassene Urteile, B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 95 ff. Bundesgesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, vom 22. November 1850, Art. 193. Zulässigkeit eines Revisionsbegehrens vor Empfang der schriftlichen Ausfertigung des Urteils.*[1])

Das Revisionsbegehren ist nicht etwa verfrüht und aus diesem Grunde unzulässig. Wenn Art. 193 BZP für die Fälle des Art. 192 Ziff. 1 Einreichung des Revisionsbegehrens innerhalb eines Monats vom Empfange der schriftlichen Ausfertigung

---

[1]) Siehe hiezu — abweichend — B.-Ger. **20** S. 69 f. = Revue **12** Nr. 69, und Th. Weiss, Berufung, S. 345 f.

des Urteils an vorschreibt, also den letztern Termin als Anfangstermin setzt, so schliesst das nicht aus, dass ein Revisionsbegehren auch vor der Zustellung der Ausfertigung des Urteils gültig eingelegt werden könne. Denn die bundesgerichtlichen Zivilurteile werden mit ihrer Verkündung rechtskräftig (Art. 101 OG), nicht erst mit der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung. Der allfällige Rechtsnachteil tritt also schon mit der Verkündung des Urteils ein, und es ist bei der öffentlichen Beratung sehr wohl denkbar, dass der Revisionsgrund schon während der Beratung entdeckt wird: alsdann hat aber die Partei auch ein Interesse an der sofortigen Ergreifung der Revision. Die Bestimmung des Art. 193 BZP will also nur den Endtermin festsetzen und erklärt sich daraus, dass für die Regel den Parteien nicht zugemutet werden soll, das ausserordentliche Rechtsmittel der Revision vor Kenntnisnahme der Urteilsgründe zu ergreifen, da diese Kenntnisnahme — wenn auch die schriftliche Urteilsbegründung natürlich das verkündete Urteil zu begründen hat und grundsätzlich sich auf die Beratung des Gerichtes in der Verhandlung stützen soll — unter Umständen ein Revisionsgesuch von vornherein als unbegründet erscheinen lässt. (Vergl. übrigens über diese Frage bei der Berufung: BGE **25**, II, S. 366 E 3).[1] (Entsch. vom 25. Januar 1908 i. S. Heddernheimer Kupferwerke A.-G. c. Bucher-Durrers Erben.)

---

50. *Haftbarkeit des Arztes gegenüber dem Patienten. Artikel 348 ff., 110 ff., 50 ff. OR.*

I. Grundsätze für die Haftung bei falscher Diagnose und Behandlung.

II. Stellung des Bundesgerichts als Berufungsinstanz, speziell zur Expertise, und bei formaler Beweistheorie; Tragweite des Art. 51 (und 116) OR gegenüber der formalen Beweistheorie.

III. Unzulässige neue Begehren betreffend das Quantitativ vor Bundesgericht, Art. 80 B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893.

In dem Schadensersatzprozesse eines Patienten W. gegen den Arzt K. hatte das aargauische Gericht, das den Prozess nach der alten ZPO (mit formaler Beweistheorie) zu beurteilen hatte, dem Experten aufgegeben, sich an den „prozedürlich festgestellten Tatbestand" zu halten, d. h. an den Tatbestand,

[1] Revue **17** Nr. 85.

wie er auf Grund von rechtskräftig gewordenen Zwischenurteilen über Zeugenbeweis und Eidesaussagen als festgestellt erklärt worden. Da der zuerst bestellte Experte Dr. B. sich an diese Weisung nicht hielt, sondern die Darstellung des Beklagten zu der seinigen machte, ordnete das Obergericht gemäss § 206 ZPO eine neue Expertise an, die dann auf Grund des prozedürlich festgestellten Tatbestandes zu dem Schlusse gelangte, der beklagte Arzt könne von dem Vorwurfe einer unverantwortlichen Nachlässigkeit und der Unterlassung der pflichtgemässen Aufmerksamkeit und Untersuchung nicht befreit werden. Das Bundesgericht, an welches der Beklagte die Berufung ergriff, hat sich über die grundsätzlichen Fragen wie folgt ausgesprochen:

I. (3.) Bei der rechtlichen Beurteilung dieses Falles steht von vornherein fest, dass die Diagnose des Beklagten falsch war, indem sie auf Distorsion und Kontusion, statt auf Luxation lautete. Die Tatsache der unrichtigen Diagnose für sich allein genügt indessen noch nicht zur Verantwortlicherklärung des Beklagten als Arztes, denn eine unrichtige Diagnose kann auch bei sorgfältiger, pflichtgemässer Untersuchung erfolgen, zumal wenn die Diagnose der Natur der betreffenden Erkrankung nach schwer zu stellen ist. Bei dem freien Dienstverhältnis, in dem der Arzt zum Patienten steht (Art. 348 OR), hat der Patient einerseits mit der Möglichkeit einer unrichtigen Diagnose, die die Folge der Unvollkommenheit des menschlichen Wissens und der menschlichen Erfahrung im allgemeinen, wie der ärztlichen Kunst im besondern ist, zu rechnen; anderseits aber hat der Arzt die Pflicht, die Untersuchung sorgfältig, nach den Regeln der Kunst und dem jeweiligen Stande der Wissenschaft vorzunehmen, und die Behandlung auf Grund der auf sorgfältiger Untersuchung basierenden Diagnose einzuleiten und fortzuführen. Eine Verletzung dieser Pflicht bringt eine Verletzung der dem Arzte obliegenden Vertragspflichten mit sich und macht ihn nach allgemeinen Grundsätzen über die Verletzung von Verträgen für den daraus entstandenen Schaden haftbar; mit dem (vom Kläger zu erbringenden) Nachweis der Pflichtverletzung ist alsdann implicite auch die Frage des Verschuldens bejaht. Ob mit der vertraglichen Haftbarkeit in allen Fällen eine ausservertragliche Haftung, gemäss Art. 50 ff. OR konkurriert (vgl. BGE **18** S. 340 E. 4;[1]) S. 861 f. E. 5), mag dahingestellt bleiben; für den vorliegenden Fall kommt die ausservertragliche Haftung nur insoweit in Betracht,

---

[1]) Revue **10** No. 98, Erw. 2.

als der Beklagte Art. 51 OR anruft, um darzutun, dass die gesetzliche Beweistheorie hier nicht habe angewendet werden dürfen; diese Frage stellt sich aber bei Art. 116 OR gleich. Eine über den vermögensrechtlichen Schaden hinausgehende Entschädigungsforderung hat der Kläger nicht geltend gemacht, so dass nicht zu untersuchen ist, ob Art. 54 OR überhaupt auf das Verhältnis zwischen Arzt und Patient, sofern der Arzt im Vertragsverhältnis steht und neben diesem, zur Anwendung kommen könne.

II. (4.) Die danach den Prozess beherrschende Frage: ob der Beklagte bei seinen Untersuchungen des Klägers pflichtgemäss oder aber pflichtwidrig vorgegangen sei, ist, als Frage nach dem Verschulden des Beklagten, nicht Tat-, sondern Rechtsfrage; denn es wird damit das Verhalten des Arztes gemäss den ihm obliegenden vertraglichen (und allfällig ausservertraglichen) Pflichten geprüft, also sein Verhalten rechtlich gewürdigt. In dieser Frage ist daher das Bundesgericht allerdings nicht an die Auffassung der Vorinstanz gebunden, wie die Berufungsantwort geltend machen will. Allein einmal ist der Richter zur Beurteilung des Verhaltens des Beklagten, zur rechtlichen Würdigung dieses Verhaltens, der Natur der Sache nach auf die Mitwirkung eines Sachverständigen angewiesen, der die zur Beurteilung des Verhaltens des Arztes in concreto erforderlichen Fachkenntnisse besitzt. Hiebei ist die Auswahl des Experten, die Würdigung seiner Fachkenntnis und Unbefangenheit ausschliesslich Sache des kantonalen Gerichts. Nachdem daher im vorliegenden Falle die Vorinstanz das Gutachten B., als nicht ihren Weisungen entsprechend und ausdrücklich auf Grund einer Bestimmung des kantonalen Prozessrechts, aus dem Rechte gewiesen und durch ein neues Gutachten ersetzt hat, fällt jenes Gutachten (B.) auch für das Bundesgericht gänzlich ausser Betracht, und hat auch es der Beurteilung ausschliesslich das Gutachten M. zu Grunde zu legen. Der Beklagte wendet diesem gegenüber ein — und darin gipfelt wesentlich die Begründung der Berufung —, das Gutachten M. könne deshalb nicht massgebend sein, weil es sich auf der rechtsirrtümlichen Annahme aufbaue, es habe die Aussagen der Zeugen, insbesondere der Ida St., nicht bloss als subjektiv wahr, sondern auch als objektiv richtig hinzunehmen. Die Berufung findet hierin sowohl eine unrichtige Auffassung des bezüglichen bezirksgerichtlichen Beschlusses, als auch, falls er diese Meinung gehabt haben sollte, eine Verletzung des Art. 51 OR, also einer bundesgesetzlichen Vorschrift über Beweiswürdigung. Zu diesen Punkten ist zu bemerken: Die Weisung

der kantonalen Instanzen an den neuen Experten war dahingegangen, seinem Gutachten den „prozessual festgestellten" Tatbestand zu Grunde zu legen. Welches dieser Tatbestand war, war in den voraufgegangenen, rechtskräftig gewordenen erstinstanzlichen Zwischenurteilen über das Gelingen der abgenommenen Beweise enthalten. Jene Verweisung des Experten auf den „prozessual festgestellten" Tatbestand musste also Verweisung auf diese Zwischenurteile bedeuten, und an diese Weisung hat sich der Experte gehalten. Uebrigens ist es ausschliesslich Sache des kantonalen Richters, zu prüfen, ob der Experte sich an die von ihm gegebenen Weisungen gehalten habe, und wenn er nun offenbar findet, das sei der Fall, so ist dagegen vor Bundesgericht nicht aufzukommen. Es kann sich bloss noch fragen, ob nicht jene Weisung gegen Bundesrecht verstosse, wie der Beklagte geltend macht. Das ist zu verneinen. Art. 51 OR (wie auch Art. 116, der in erster Linie zur Anwendung kommt) hat nicht die weite Bedeutung, die der Beklagte ihm zuschreibt. Soweit Art. 51 OR überhaupt den Grundsatz der freien Beweiswürdigung enthält, erstreckt er sich nur auf die Festsetzung des Schadens, nicht aber auf die Feststellung der Tat und der das Verschulden bildenden tatsächlichen Faktoren; die gesetzliche Beweistheorie ist durch ihn nicht allgemein (für Klagen aus Art. 50 ff.) abgeschafft worden. Jedenfalls steht er der Weisung, die die Vorinstanz dem Experten erteilt hat, sich an die Zeugenaussagen und den Erfüllungseid des Klägers zu halten, nicht entgegen. Trifft aber jene Ausnahme des Verstosses gegen Bundesrecht auf die Beweiswürdigung und Tatbestandsfeststellung der Vorinstanz nicht zu, so ist auch das Bundesgericht an sie gebunden (Art. 81 Abs. 1 OG); die andere Ausnahme von der Gebundenheit — Aktenwidrigkeit — trifft zweifellos nicht zu und ist übrigens auch gar nicht geltend gemacht. Dabei ist dann allerdings das festzuhalten, dass unter „tatsächlichen Feststellungen" — die hier, da die kantonalen Instanzen nicht eine eigene besondere Tatbestandsfeststellung getroffen haben, sondern nur, gestützt auf die Zeugenaussagen und den Erfüllungseid des Klägers, die Beweise des Klägers als gelungen bezeichnet haben, in den Zeugenaussagen und der Darstellung des Klägers selbst zu suchen sind — nur Aussagen über tatsächliche Beobachtungen und Vorgänge zu verstehen sind, nicht aber allfällige Werturteile der Zeugen. In die letztere Kategorie gehört nun vielleicht die Aussage der Ida St., die Untersuchung sei „oberflächlich" gewesen; dagegen sind alle übrigen Aussagen der Zeugen Niklaus, Ida und Verena St.

Aussagen über Dinge, die sie gesehen haben oder die ihnen gesagt worden sind, also Aussagen über Tatsachen, und diese haben, nach dem Gesagten, als „festgestellt“ zu gelten. Danach hat sich denn das Bundesgericht bei seiner Beurteilung im Rahmen des Tatbestandes zu bewegen, auf dem die Expertise M. aufgebaut ist. Die Darlegungen und Schlüsse der letztern sodann sind freilich nicht durchgängig als Feststellungen tatsächlicher Verhältnisse anzusehen; sondern soweit der Experte die Frage der pflichtgemässen Untersuchung zu beantworten hatte, hat er als Gehülfe des Richters in der Beurteilung der Rechtsfrage gehandelt, und das Bundesgericht steht daher der Expertise in diesem Umfang, was die innere Ueberzeugungskraft für die Frage des Verschuldens betrifft, frei gegenüber. (Folgt eine Würdigung der Expertise, die darlegt, dass der Schluss des Experten richtig sei.)[1])

III. (6.) Auf das Quantitativ der Entschädigung ist die Vorinstanz nicht eingetreten, weil der Beklagte es vor ihrem Forum nicht angegriffen habe. Dem kann vor Bundesgericht nicht entgegengehalten werden, der Beklagte habe vor II. Instanz vollständige Abweisung der Klage beantragt, und darin sei die Herabsetzung, als das mindere im mehreren, enthalten. Die Frage, ob dieses der Fall sei oder ob zur Anfechtung des Masses ein besonderes Begehren gehört habe, und ob ein solches, wenn erst in der mündlichen Verhandlung gestellt, verspätet sei, ist ausschliesslich eine Frage des kantonalen Prozessrechts und daher der Ueberprüfung des Bundesgerichts entzogen. Auch das Bundesgericht hat daher auf das Quantitativ nicht einzutreten; der Berufungsantrag auf Herabsetzung der Entschädigung erscheint für es bei dieser Sachlage als unzulässiges novum (Art. 80 OG).[2]) (Entsch. vom 29. Februar 1908 i. S. K c. W.)

---

51. *Pachtvertrag; wichtige Gründe zur vorzeitigen Auflösung, Art. 310 OR.*

En ce qui concerne la question de la résiliation du bail conclu entre parties et les demandes réciproques de dommages-intérêts fondées sur la rupture intervenue, l'instance cantonale

---

[1]) Dem Arzte wurden insbesondere zur Last gelegt: Hinwegsetzen ber die Anamnese; flüchtige Inspektion der verletzten Schulter; Unterassung genauer Vergleichung mit der unverletzten; Beharren auf seiner Diagnose, trotzdem der Patient mehrfach äusserte, er habe die Schulter usgerenkt; Unterlassung der Prüfung der Funktion der verletzten Schulter.

[2]) Siehe hiezu Th. Weiss, Berufung S. 161 f.

a déclaré, d'abord, avec raison, que l'on peut comprendre parmi les „circonstances qui rendent la continuation du bail intolérable“, prévues par l'article 310 CO, le fait que les relations personnelles entre propriétaire et fermier seraient très tendues et difficiles. En effet des sentiments d'animosités et une hostilité déclarée entre propriétaire et locataire rendent incontestablement la vie intolérable dans le bail à loyer, lorsqu'il y a cohabitation; il doit, dès lors, en être de même, dans le bail à ferme, lorsque le propriétaire et le fermier habitent tous deux le domaine affermé et doivent, par la force même des choses, avoir des rapports de voisinage. (Entscheid vom 22. Febr. 1908 i. S. Conus c. Surchat.)

---

52. *Bürgschaft; Rückbürgschaft. Rückgriff des Rückbürgen auf die Mitbürgen des Hauptbürgen. OR Art. 504.*

F. und N. hatten der Graubündner Kantonalbank für ein Darlehen an Sch. Sohn im Betrage von Fr. 5000 Bürgschaft geleistet, Sch. Vater und J. waren Rückbürgen; an Stelle des N. traten in der Folge Oe., L. und St. Nachdem der Hauptschuldner Sch. Sohn in Konkurs gefallen war, zahlte F. die Darlehensschuld samt Zinsen ab, worauf er den Sch. Vater und J. als Rückbürge auf Rückerstattung belangte. Die damaligen Beklagten wurden letztinstanzlich durch Urteil des Bundesgerichts (AS **31** II Nr. 13, S. 88 ff.) zur Zahlung verurteilt, „unter Abzug der im Konkurse des Sch. Sohn erhältlichen Konkursdividende.“ Sch. Vater bezahlte infolge dessen für sich und J. Fr. 4743. 01 an F., wofür ihm J. seine sämtlichen Rechte gegenüber Oe., L. und St. abtrat. Mit seiner Klage verlangte nun Sch. Vater von den drei Beklagten die Bezahlung von je einem Drittel dieser Summe, d. h. von jedem Fr. 1185. 75. Das Bundesgericht hat diese Klage letztinstanzlich gutgeheissen.

Gründe: Der Kläger hat an F. bezahlt als dessen Rückbürge, nachdem dieser seinerseits die Hauptschuld an den Gläubiger gezahlt hat. Er macht nun geltend, er trete seinerseits an die Stelle F.s und könne daher auch dessen Rückgriffsrecht gegenüber den Mitbürgen — den heutigen Beklagten — ausüben; er hafte m. a. W. nur für F.s Anteil, einen Viertel, und könne die übrigen drei Viertel von den Mitbürgen F.s zurückfordern. Dieser Argumentation ist beizutreten. Nachdem der Kläger den einen der Hauptbürgen — F. — befriedigt hat, gehen dessen Rechte auf ihn über, und zwar sowohl die Rechte gegen den Hauptschuldner als auch die Rechte gegen die Mitbürgen, um welch

letztere es sich im vorliegenden Falle handelt. Er übt dieses Rückgriffsrecht nicht als Rückbürge aus, sondern in seiner Stellung als Bürge, der den einen Mitbürgen befriedigt hat und nun in dessen Rechtsstellung eintritt. Es kann daher auch nicht entgegengehalten werden, dass der Kläger Rückbürge der Beklagten sei und dass somit das ganze Bürgschaftsverhältnis — vorbehältlich des Rückgriffes auf den Hauptschuldner — auf ihn abgewälzt werden müsse; denn er macht eben nicht seine Rechte als Rückbürge geltend, sondern die Rechte des F., den er befriedigt hat. Den drei an Stelle des N. tretenden Beklagten ist überdies der Kläger gar nicht Rückbürge geworden; die Rückbürgschaft bestand nur gegenüber F., nicht gegenüber den Beklagten. Denn der Kläger hat nur für F. und N. Rückbürgschaft geleistet; indem nun an Stelle N.s, in Ersetzung des ursprünglichen Schuldscheins, die drei Beklagten traten, ohne dass die Rückbürgschaftsverpflichtung ihnen gegenüber aufgenommen wurde, wurde diese Verpflichtung im Verhältnis zu den Beklagten nicht übernommen. Allerdings war F. der Graubündner Kantonalbank gegenüber solidarisch verpflichtet und der Kläger dem F. gegenüber. Aber F. hatte den Rückgriff auf seine Bürgen und nachdem der Kläger den F. befriedigt hat, gehen dessen Rückgriffsrechte auf ihn, den Kläger, über. Das ist nicht Rückgriff des Rückbürgen auf die Vorbürgen, sondern Rückgriff auf die Mitbürgen des Vorbürgen, an Stelle des befriedigten Vorbürgen; dieser ist nach Art. 504 OR zulässig. (Entscheid vom 29. November 1907 i. S. Schuler c. Oettiker und Genossen.)

---

53. *Verantwortlichkeitsklage gegen die Gründer der Aktiengesellschaft. Art. 671 OR. Verjährung.*

I. Die Klage ist Deliktsklage; es kommt daher für sie die einjährige Verjährung, somit der Art. 69 OR zur Anwendung.

II. Wann ist actio nata? Kenntnis der „Schädigung.“ Eidgenössisches und kantonales Prozessrecht.

III. Art. 69 Abs. 2 OR. Das Bundesgericht ist an den Ausspruch der kantonalen Instanz, eine strafbare Handlung (z. B. strafrechtlicher Betrug) liege nicht vor, gebunden. Art. 57, 83 B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893.

Die Klägerin, Leihkasse Richterswil, machte als Gläubigerin der Aktienbrauerei Richterswil die Beklagten, Gründer dieser Gesellschaft, im Sinne von Art. 671 OR für den ihr entstehenden (oder entstandenen) Verlust verantwortlich. Am

1. Dezember 1904 hatte der Anwalt der Klägerin mehreren der nachherigen Beklagten Schadenersatzklage angedroht; am 2. März 1905 war über die Aktienbrauerei Richterswil der Konkurs eröffnet worden; am 9., 10. und 14. Juli 1906 verlangte die Klägerin die friedensrichterliche Weisung über die Rechtsfrage: „Ist der Beklagte (bezw. „sind die Beklagten solidarisch") verpflichtet, der Klägerin Fr. 50,000.— nebst Zins zu 5% vom 31. Dezember 1903 an zu bezahlen, soweit die Klägerin dafür im Konkurse über die Aktienbrauerei Richterswil nicht gedeckt wird?" Jn der Klage selbst reduzierte sie dann ihre Forderung auf die Verlustscheinforderungen (sie hatte am 15. April 1907 die Verlustscheine erhalten). Das Handelsgericht Zürich schützte die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung, und das Bundesgericht ist diesem Standpunkte beigetreten, indem es über die oben aufgeworfenen Punkte ausgeführt hat:

I. (2.) Die Einrede der Verjährung, gegenüber der Klage aus Art. 671 OR, beruht auf dem grundsätzlichen Standpunkte, für die gedachte Klage komme die einjährige Verjährungsfrist des Art. 69 OR zur Anwendung. Die Klägerin hält dem gegenüber auch vor Bundesgericht, wie schon vor der kantonalen Instanz, vor allem die Auffassung aufrecht, es gelte die zehnjährige Verjährung, weil die gedachte Klage sich nicht als Deliktsklage, sondern als Vertragsklage, eventuell als Klage ex lege qualifiziere. Das Bundesgericht hat nun, nachdem es längere Zeit vermieden hatte, sich über diese Streitfrage auszusprechen (vergl. BGE **28** II S. 100 E. 6, aber auch **21** S. 566 f. E. 13), in seinem grundlegenden Entscheide vom 6. April 1906 in Sachen Glaser c. Rommel, AS **32** II Nr. 38, S. 273 ff., spez. S. 275 ff. E 3 f.[1]), den auch die Vorinstanz ihrem Urteil zu Grunde legt, dargelegt, dass die Klage aus Art. 671 OR als Deliktsklage anzusehen sei und dass demgemäss auf sie die einjährige Verjährung des Art. 69 OR Anwendung finde; es hat diese Auffassung im Urteil vom 3. Mai 1907 in Sachen Weisser c. Erben Wüthrich, AS **33** II Nr. 35, S. 251 ff., spez. S. 257 E. 4, ohne weiteres bestätigt. Es kann keine Rede davon sein, heute von dieser Auffassung abzugehen, und es mag, in teilweiser Ergänzung der im erstgenannten, grundlegenden Entscheid niedergelegten Ausführungen, gegenüber der Argumentation der Klägerin, nur noch folgendes beigefügt sein: Wenn die Klägerin geltend macht, die Haftung der Gründer aus Art. 671 OR sei mit der Haftung der Verwaltung

---

[1]) Revue **24** Nr. 65.

und Kontrolle unter dem gleichen Abschnitt „Verantwortlichkeit“ zusammengefasst und deshalb müsse es sich juristisch um die gleiche Art Verantwortlichkeit handeln, so ist dieser Schluss aus jener Tatsache durchaus irrig. Bei Verletzung der Pflichten der Verwaltung und Kontrolle handelt es sich, neben der Verletzung gesetzlicher Pflichten, um die Verletzung von konkreten Verträgen, die ganz verschiedenartig gestaltet sein können. Bei Art. 671 dagegen steht die allgemeine Pflicht, die Wahrheit zu sagen, über die finanzielle Lage der zu gründenden Aktiengesellschaft Klarheit zu verschaffen, im Vordergrund; das ist eine Pflicht gegenüber der Gesamtheit, dem Publikum, nicht eine Pflicht gegenüber der noch gar nicht existierenden Gesellschaft. Dass auch der Gesellschaft ein Klagrecht gewährt wird, ändert an der juristischen Natur der Klage aus Verletzung dieser Pflicht nichts; der Schaden wird ja in der Regel direkt der Gesellschaft entstehen, und es wird ihr eben ein Klagrecht aus der Verletzung jener allgemeinen Rechtspflicht gegeben. Der Einwand sodann, man habe doch nicht bei Erlass des OR die Verantwortlichkeit der Gründer mindern wollen, es könne also nicht angenommen werden, dass, wenn die Haftung als Deliktshaftung angesehen worden wäre, sie auf Haftung für wissentlich unwahre Angaben u. s. w. eingeschränkt worden wäre, — erledigt sich zunächst durch den Hinweis darauf, dass ja auch die vertragliche Haftbarkeit in der Regel sich nicht nur auf vorsätzliche Vertragsverletzungen erstreckt, dass daher die Bestimmung auch eine Einschränkung der vertraglichen Haftung bedeuten würde. Sodann aber erklärt sich die Einschränkung auf wissentlich unwahre Angaben etc. sehr wohl aus dem Umstande, dass die Tätigkeit der Prospektanten und Emittenten häufig als Raterteilung aufgefasst wurde und wird (vergl. K. Lehmann, Recht der Aktiengesellschaften I S. 475), und dass nun der Raterteiler nach gemeinem Recht nur für Arglist haftete; wenn nun auch das OR diese beschränkte Haftung, durch den in Art. 50 aufgestellten allgemeinen Grundsatz, nicht aufgenommen hat (vergl. BGE **30** II S. 267 f. E. 2, und HE **15** S. 74 f. Erw. 3 ff.), so erklärt sich doch die Einschränkung der Haftung der Gründer auf wissentliche Verletzungen der Wahrheitspflicht aus der gedachten Rechtsauffassung. Auch die Doktrin steht denn überwiegend auf dem Standpunkte, dass es sich bei der Haftung der Gründer um eine Deliktshaftung handle; vergl. u. a. nur Hafner Anm. 4 zu Art. 671; Rossel, Man. S. 761 f., n. 889 (1. Aufl.); K. Lehmann a. a. O. S. 450.

II. (3.) Zu erörtern bleibt demnach, indem von dem von der Klägerin eventuell ebenfalls angerufenen Art. 69 Abs. 2 OR vorerst abgesehen wird, noch die Frage, in welchem Zeitpunkte die Klägerin die Klage anstrengen konnte, d. h. gemäss Art. 69 Abs. 1 eod., in welchem Zeitpunkte sie „Kenntnis von der Schädigung und der Person des Täters“ erlangt hatte. Streitig ist hier der Zeitpunkt der Kenntnis der „Schädigung“ und die Auslegung dieses letztern Begriffes. Die Vorinstanz nimmt an, es genüge einerseits nicht die Kenntnis der schädigenden Handlung, anderseits sei aber auch nicht — wie die Klägerin will — erforderlich, dass der ganze Schaden ziffermässig feststehe; es genüge, dass sie in die Lage gesetzt gewesen sei, die Klage, die sie wirklich eingeleitet hat, zu erheben; dieser Zeitpunkt sei daher zu ermitteln. Durchaus zutreffend ist nun vorerst, dass die Kenntnis der schädigenden Handlung nicht genügt; vergl. BGE **32** II S. 177 E. 2. Schwieriger ist die andere Frage, ob und wieweit der Schaden ziffermässig feststehen müsse, damit actio nata sei. Hiebei stehen sowohl Normen des Bundesrechtes als solche des kantonalen — Prozess- — Rechts in Frage: es kann fraglich sein, welche Ansprüche das Bundesrecht in Art. 50 ff. OR gewährt, aber auch, welche Art des Rechtsweges das kantonale Prozessrecht eröffnet, wie ein Begehren prozessualisch gefasst sein muss und kann. Bei der Ermittlung, in welchem Zeitpunkt in diesem Sinne actio nata vorgelegen habe, ist demnach zurückzugehen auf die Fassung des Klagbegehrens im Zeitpunkte der für die Verjährung massgebenden Prozesshandlung, d. h., gemäss OR Art. 154 Ziff. 2 Schlusssatz, der Ladung zum Sühneversuch, der Einleitung der Klage beim Friedensrichter. Jenes Klagbegehren ging nun auf Verurteilung zur Bezahlung eines Höchstbetrages von Fr. 50,000.—, unter Abzug der im Konkurs der Gesellschaft zu erwartenden, noch unbestimmten Dividende. Irgend eine bundesrechtliche Vorschrift steht einem derartigen Begehren nicht entgegen.[1]) Weder ist es durch Art. 63 Ziff. 1 OG ausgeschlossen, der gerade vorsieht, dass nicht in genauen Ziffern ausgedrückte Schadenersatzansprüche erhoben werden können, noch verlangen Art. 50 ff. OR unter allen Umständen eine bestimmt bezifferte Forderung, noch endlich steht Art. 675 Abs. 2 OR einem derartigen Begehren entgegen, denn er kennt als Klagrechtsvoraussetzung nur die Konkurseröffnung, nicht die Beendigung des Konkurses. Ist

[1]) Siehe hiezu auch Seuffert Archiv **63** Nr. 14 (Lauf der Verjährung bei Schadensersatzanspruch trotz Ungewissheit über die Höhe des Schadens).

demnach die Zulässigkeit des gestellten Begehrens vom Standpunkte des Bundesrechts aus nicht zu beanstanden, so entzieht sich die andere Frage, ob es prozessualisch zulässig sei, der Nachprüfung des Bundesgerichts als Berufungsinstanz; indem daher die Vorinstanz das Vorgehen der Klägerin als prozessualisch zulässig erklärt hat, muss es hierbei sein Bewenden haben. Es kommt demnach bei Entscheidung der Frage, in welchem Zeitpunkte die Klägerin Kenntnis von der Schädigung hatte, darauf an, in welchem Zeitpunkt die nachher wirklich erhobene Klage spätestens erhoben werden konnte. Die Beklagten rufen als solchen Zeitpunkt an: den 15. Dezember 1902, Datum der zweiten Generalversammlung; eventuell den 1. Dezember 1904, Datum des Schreibens der Klägerin an mehrere Beklagte; weiter eventuell den 2. März 1905, Datum der Konkurseröffnung; endlich den 4. Juli 1905, Datum der 2. Gläubigerversammlung. Die Vorinstanz stellt einzig auf den letztgenannten Zeitpunkt ab, und hierin ist ihr beizustimmen. Damals hat sich die Klägerin die Rechte der Konkursmasse gegenüber den Gründern abtreten lassen; sie schätzte den ihr drohenden Verlust auf Fr. 30 bis 35,000.—, und zwar gerade in jenem Zeitpunkte, wie die Vorinstanz aus dem von der Klägerin für die Zeit vom Juni 1904 bis Juni 1905 erstatteten Geschäftsbericht gewiss mit Recht folgert. Dass die Personen der Gründer der Klägerin damals bekannt waren, ist endlich von der Vorinstanz ebenfalls zutreffend, wenn nicht gar für das Bundesgericht verbindlich, festgestellt.

III. (4.) Danach muss die Klage als verjährt abgewiesen werden, falls nicht, wie die Klägerin ebenfalls noch vor Bundesgericht geltend macht, Abs. 2 des Art. 69 OR Platz greift, indem die Beklagten sich eines strafrechtlichen Betruges schuldig gemacht hätten. Allein die Vorinstanz erklärt, hiefür liege nicht das geringste vor. Diese Entscheidung ist erfolgt (und musste erfolgen) auf Grund des kantonalen Strafrechtes, in Anwendung des kantonal-strafrechtlichen Betrugsbegriffes; für die Ueberprüfung des Bundesgerichtes bleibt hienach kein Raum. (Vergl. BGE **13** S. 496 f. E. 3.) (Entscheid vom 21. Februar 1908 i. S. Leihkasse Richterswil c. Gyr-Guyer und Genossen.)

---

54. *Versicherungsvertrag. Zulässigkeit und Natur von Klauseln betreffend Erlöschen von Ansprüchen, die nicht innert bestimmter Frist eingeklagt werden.*

Aus den Gründen: Da die vorliegende Klage unbestrittenermassen mehr als sechs Monate nach dem dem Klaganspruch zugrunde liegenden Brande erhoben worden ist, so fragt es sich in erster Linie, ob die Bestimmung von § 12 des Prolongationsscheines vom 11. Juli 1901, wonach alle nicht innerhalb von sechs Monaten nach dem Brande entweder anerkannten oder mittels vollständiger Klage geltend gemachten Entschädigungsansprüche erloschen sind, gültig sei, d. h., ob darin eine zulässige Verwirkungsklausel. oder aber eine nach Art. 148 OR unzulässige Abkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist zu erblicken sei.

Nun hat sich das Bundesgericht in langjähriger, konstanter Praxis stets dahin entschieden, dass in derartigen Polizebestimmungen keine vertragliche Abkürzung der gesetzlichen Verjährungsfristen, sondern die Vereinbarung einer vertraglichen Voraussetzung der Entschädigungspflicht des Versicherers zu erblicken ist. Vergl. AS **16** S. 791; **22** S. 601.

Ein genügender Grund, von dieser Praxis, welche sich mit der Auffassung sämtlicher Autoren und fast sämtlicher Gerichte des In- und Auslandes (s. Ehrenberg, Versicherungsrecht, S. 494 f.; Lewis, S. 274 f., sowie die dortigen Zitate) vollkommen deckt, heute abzugehen, liegt umso weniger vor, als die gesetzliche Regelung des privaten Versicherungsrechtes unmittelbar bevorsteht und eine der bisherigen entgegengesetzte Praxis daher nur von ganz ephemerer Dauer sein könnte. (Entscheid vom 13. Dezember 1907 i. S. Bourquin & Cie c. Basler Versicherungsgesellschaft gegen Feuerschaden.)

---

55. *Ehescheidung. Art. 46 lit. b B.-Ges. über Zivilstand und Ehe, vom 24. Dezember 1874. Tiefe Ehrenkränkungen. Subjektive Tatbestandsmerkmale dieses Scheidungsgrundes.*

Es fällt zur Entlastung des Beklagten in Betracht, dass seine Aeusserungen unzweifelhaft nicht, wie der bestimmte Scheidungsgrund tiefer Ehrenkränkungen in subjektiver Beziehung voraussetzt (vergl. z. B. AS **19** Nr. 34, Erwg 3), dem Gefühle eigentlichen unversöhnlichen Hasses, des direkten äussersten Gegensatzes ehelicher Zuneigung, bei welchem der Klägerin die Fortsetzung der Ehe schlechterdings nicht zugemutet werden könnte, entsprungen sind, sondern vielmehr lediglich als Ausfluss vorübergehend gereizter Stimmung, des Aergers über das Verhalten der Klägerin, erscheinen; dass sie keineswegs die böswillige Herabsetzung der Frau zum Selbstzwecke gehabt haben, sondern nur auf Verteidigung der

eigenen Stellung des Beklagten gegenüber der ihm nach seiner Ansicht ungünstigen öffentlichen Meinung gerichtet gewesen sind. Die in Rede stehende Verleumdung hat denn auch die vorhandene Störung der ehelichen Harmonie nicht veranlasst, da zu ihrer Zeit ja die Ehegatten sich bereits dauernd getrennt hatten und die von der Klägerin als ihr unerträglich geschilderte Situation schon eingetreten war. Folglich kann die vorliegende Scheidungsklage nicht auf Art. 46 lit. b ZEG gestützt werden. (Entscheid vom 20. Februar 1908 i. S. Knecht c. Knecht.)

---

56. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889, Art. 86: Rückforderungsklage. In der Unterlassung des Rechtsvorschlages liegt keine Schuldanerkennung.*

Le recourant soutient que le défaut d'opposition en temps utile ou le défaut de justification d'une opposition en temps utile équivaut, de la part de l'intimée, à la reconnaissance implicite de son obligation de payer „les causes de la poursuite". Mais cette argumentation est contraire à la doctrine comme à la jurisprudence, et il n'y a pas lieu de s'y arrêter (voir en particulier Weber et Brüstlein 2me édition, Reichel, note 1 ad art. 86). Le défaut d'opposition à un commandement de payer ne peut pas non plus servir à établir, à lui seul, que le paiement effectué par le débiteur ultérieurement, au cours de la même poursuite, revêtirait le caractère d'un paiement volontaire; le défaut d'opposition peut avoir une autre cause que la volonté du débiteur de payer ultérieurement la somme en poursuite. (Entsch. vom 17. Januar 1908 i. S. Jaggi c. Pernin.)

---

57. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889, Art. 250. Kollokationsanfechtungsklage.*

1. Zulässigkeit der Berufung: Haupturteil. Art. 58 B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893. Ein Urteil in einem Kollokationsanfechtungsprozesse, das die „Einrede des Nichteintretens" auf den Antrag der beklagten Konkursmasse, die Ansprache der Klägerin sei in einem weiteren Umfang herabzusetzen, als in der Kollokation geschehen, gutheisst, ist ein Haupturteil.

2. Im Kollokationsprozesse, den ein Gläubiger gegen die Masse anhebt, um eine günstigere Kollokation zu erlangen, kann die beklagte Konkursmasse nicht ihrerseits das Begehren auf Herabsetzung der Kollokation unter den im Kollokationsplan

anerkannten Betrag (und Rang) stellen, falls nicht neue Tatsachen seit der Rechtskraft des Kollokationsprozesses eingetreten sind.

Die Klägerin, Société immobilière de l'Hôtel National (an deren Stelle später die Konkursmasse trat), hatte im Konkurs der Société suisse pour l'exploitation d'hôtels Forderungen im Gesamtbetrage von Fr. 90,845. 80 eingegeben und hiefür Pfandrecht beansprucht. Die Konkursverwaltung liess die Ansprache nur im Betrage von Fr. 67,035. 68 zu (nebst Pfandrecht für diese Summe), worauf die Klägerin Kollokationsanfechtungsklage mit dem Begehren, für den Betrag von Fr. 89,444. 60 zugelassen zu werden, erhob. In ihrer Antwort stellte die beklagte Konkursmasse das Begehren, die Ansprache der Klägerin sei auf Fr. 22,553. 20 herabzusetzen, und der Pfandrechtsrang sei nur für einen Betrag von Fr. 15,641. 95 einzuräumen. Die Klägerin stellte gegenüber diesem Antwort- und Widerklagebegehren den Antrag auf Nichteintreten und setzte in der Folge ihre Kollokationsanfechtungsklage auf den s. Zt. von der Konkursverwaltung anerkannten Betrag von Fr. 67,035. 68 herab. Das Kantonsgericht von Neuenburg erklärte den Nichteintretensantrag („l'exception d'entrée de cause") für begründet. Hiegegen ergriff die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht, mit dem Antrage, die „Einrede des Nichteintretens" abzuweisen und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. — Das Bundesgericht hat die Berufung als zulässig erklärt, sie aber als unbegründet abgewiesen.

G r ü n d e: 1° Bien que le jugement attaqué ne statue que sur une exception d'entrée de cause, il n'en doit pas moins être considéré comme un jugement au fond au sens de l'article 58, al. 1 OJF, puisque, en accueillant cette exception, il écarte définitivement les conclusions au fond formulées par la masse recourante dans son exploit de réponse en tant que ces conclusions tendaient à faire réduire et le montant de la somme pour laquelle l'intimée était admise dans l'état de collocation de la recourante, et l'étendue de son droit de gage.

2° L'instance cantonale a admis qu'au regard du droit cantonal de procédure les conclusions prises par la recourante dans sa réponse du 26 février 1907 se caractérisaient comme de véritables conclusions reconventionnelles et subsistaient nonobstant le retrait de la demande principale. Le Tribunal fédéral n'est pas compétent pour revoir le prononcé le l'instance cantonale sur ce point. — Au fond, il s'agit de décider si, lorsqu'une masse en faillite n'a admis que pour partie dans son état de collocation les prétentions d'un créancier du

failli et que ce créancier attaque l'état de collocation pour obtenir que sa créance y soit inscrite pour une somme supérieure ou à un rang préférable, la masse peut se prévaloir de ce fait pour attaquer à son tour l'état de collocation en contestant même la partie des prétentions du créancier qu'elle avait d'abord admise sans réserve. Cette question ne peut être tranchée que dans le sens de la négative. L'état de collocation n'est pas, en effet — ainsi que le suppose la recourante — une offre de transaction qui tomberait dès que le créancier partiellement évincé refuserait d'y souscrire sans réserve — mais une mesure ou une décision (Verfügung) de l'administration de la masse sur les inscriptions au passif de cette dernière: „l'administration statue sur l'admission au passif" (art. 245 LP), et l'état de collocation doit servir à indiquer (art. 248) „les créances qui ont été écartées et les motifs de cette mesure." Pour autant que l'état de collocation n'a pas été ou n'est pas attaqué devant les Autorités de surveillance et n'est pas annulé par celles-ci pour défaut de clarté, pour équivoque ou ambiguité (RO **22**, No. 208, p. 1366 et suiv.), ou qu'il n'a pas fait l'objet, devant les Tribunaux, d'une opposition reconnue fondée, conformément aux dispositions de l'art. 250 LP, il est définitif et ne peut plus recevoir de modifications à moins que, postérieurement à son dépôt, il ne soit survenu des faits nouveaux qui, tel que le paiement opéré par le débiteur principal dans le cas de la faillite de la caution, emportent extinction de la créance admise dans l'état de collocation (Journal des Tribunaux, 1902, p. 333, consid. 4).

Or, en l'espèce, l'état de collocation de la masse recourante n'a, en tant qu'il concerne l'intimée, jamais été attaqué devant les Autorités de surveillance, — et, devant les tribunaux, il n'a été attaqué dans le délai légal que par l'intimée elle-même et que pour autant qu'il écartait la partie de son inscription dépassant la somme de fr. 67,035. 68. Pour autant donc que le dit état de collocation avait admis l'inscription de l'intimée jusqu'à concurrence de cette somme de fr. 67,035. 68, il était, dès l'expiration du délai légal, soit dès le 22 décembre 1906, devenu définitif. Dès ce moment, il ne pouvait plus être modifié qu'ensuite de faits nouveaux, c'est-à-dire de faits postérieurs à son dépôt et de nature à justifier l'exclusion de la créance de l'intimée telle qu'elle avait été admise dans cet état, du tableau de distribution prévu aux art. 261 et suivants LP. Mais la recourante n'a pu invoquer aucun fait de ce genre; les faits dont elle a cherché à se prévaloir, sont

tous, ainsi que le constate l'instance cantonale, antérieurs à l'établissement et au dépôt de l'état de collocation. La circonstance que l'administration de la masse recourante n'a eu, à l'en croire, connaissance de ces faits que postérieurement à l'établissement de l'état de collocation, est manifestement sans pertinence, puisque seule est déterminante la date même de ces faits selon qu'elle remonte, ou non, à une époque antérieure au dépôt de l'état de collocation.

La recourante, apparemment, s'est laissé induire en erreur par cette remarque de Jæger (das Bundesges. betr. Schuldbetr. und Konk., note 8 ad art. 250) — qu'elle aura mal comprise ou mal interprêtée — que dans l'action en opposition à l'état de collocation d'un créancier contre la masse celle-ci peut, le cas échéant, se porter demanderesse reconventionnelle si les réclamations qu'elle entend faire valoir ainsi par voie reconventionnelle, sont connexes à l'action principale et si elles n'appartiennent pas à une juridiction ou à un for différent. Semblable éventualité peut fort bien se réaliser, en effet; ce sera le cas, par exemple, lorsque, ensuite d'un contrat intervenu entre le failli et un tiers, ce dernier aura demandé à être inscrit au passif de la masse tandis que celle-ci prétend, au contraire, que l'inscrivant, loin d'être le créancier du failli, est son débiteur en vertu du même contrat; si l'inscrivant fait opposition à l'état de collocation qui a écarté ses prétentions, la masse pourra, à supposer que cela ne rencontre pas d'obstacle à d'autres points de vue (for, juridiction, etc.), conclure non seulement au rejet de cette opposition, mais encore à la condamnation de l'opposant au paiement de la somme due, suivant elle, par lui au failli. Mais, de ce qu'une pareille demande reconventionnelle soit possible, il ne résulte nullement qu'une masse en faillite puisse revenir elle-même comme le voudrait la recourante, sur une partie de son état de collocation devenue définitive, alors qu'aucun fait nouveau n'est survenu qui pourrait justifier pareille prétention. (Entscheid vom 29. November 1907 i. S. Masse en faillite de la Société suisse pour l'exploitation d'hôtels c. Masse en faillite de la Société immobilière de l'Hôtel National.)

---

58. *Anfechtungsklage und Kollokationsplan; Verhältnis. Art. 285 ff., 250, 260 B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889.*

1. Für die Anfechtung der Kollokation eines Gläubigers durch einen andern Gläubiger ist ausschliesslich Art. 250, nicht auch Art. 260 SchKG anwendbar.

2. Das bezieht sich auch auf die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung, die den Titel des kollozierten Gläubigers bildet.

3. Unterscheidung zwischen Anfechtungsklagen, die sich auf die Festsetzung der Aktivmasse, und solchen, die sich auf die Festsetzung der Passivmasse beziehen: die letzteren müssen im Kollokationsverfahren durchgeführt werden.

1° Le Tribunal fédéral a déjà déclaré à de nombreuses reprises, que, dans une faillite, lorsqu'un créancier entend contester le rang auquel a été colloquée la créance d'un autre créancier, l'art. 260 LP ne doit pas entrer en ligne de compte; car, lorsque la masse a admis une production, par l'organe de l'administration de la faillite et éventuellement de la commission de surveillance, elle est naturellement liée comme telle et ne peut dès lors céder à qui que ce soit un droit d'opposition contre cette production admise. L'opinion, incidemment émise dans l'arrêt du 28 mai 1903 (Bierbrauerei Uetliberg c. Schweizerische Volksbank, Rec. Off. **29** II 389)[1]) suivant laquelle l'admission d'une créance par l'administration de la faillite ne lierait que cet organe, et non pas la masse, qui pourrait au contraire, dans une assemblée de créanciers, décider d'attaquer elle-même l'état de collocation, apparaît comme insoutenable, après un examen plus approfondi de la question.

Dès lors, le fait, qu'en l'espèce, l'assemblée des créanciers du 1er octobre 1906, a fait une cession en vertu de l'art. 260, et a déclaré transmettre aux demandeurs ses prétendus droits, ne peut avoir aucun effet juridique; ce fait ne peut, en tous cas, avoir placé les demandeurs, en ce qui concerne leur droit d'opposition à l'état de collocation, dans une autre situation juridique que celle dans laquelle la loi les place eux-mêmes.

2° La loi fédérale sur la poursuite et la faillite admet que tout créancier peut faire valoir toutes les oppositions qui appartiennent à la masse, contre l'admission d'une production d'un tiers, et qu'il doit le faire en intentant l'action en opposition de l'art. 250 LP, tendant à la modification de l'état de collocation dressé par l'administration de la faillite. Cela étant, il résulte du système même de la loi — qui cherche à déterminer rapidement et dans un court délai quelle est la masse passive — qu'on ne peut admettre la possibilité d'attaquer une production d'une autre manière et en dehors de ce délai; si un créancier ne veut pas perdre la faculté qu'il

---

[1]) Revue **21** No. 60, Erw. 1.

a de s'opposer à l'admission d'une production décidée par l'administration de la faillite et s'il veut demander l'exclusion d'un créancier, il *doit* formuler son opposition dans le délai de l'art. 250 LP en demandant la modification de l'état de collocation.

Il importe peu dès lors que le motif à raison duquel les demandeurs au présent procès attaquent le droit hypothécaire du défendeur, soit la révocabilité de l'acte constitutif de ce droit. Il a déjà été jugé fréquemment que la révocation d'un acte peut, elle aussi, être demandée sous forme d'opposition, et que même, dans certains cas, comme en l'espèce, elle ne peut pas être présentée autrement. Cette opposition se présente comme toute autre et doit être traitée de la même manière: elle doit suivre la même voie que les exceptions tirées de la nullité de l'acte, de la simulation, etc.

C'est dès lors à tort que les demandeurs soutiennent qu'ils ne demandent pas la modification de l'état de collocation, mais qu'ils intentent une action indépendante et n'entendent pas toucher à l'état de collocation. Il est évident, en effet, que cette prétention est déjà en contradiction avec les termes mêmes de leurs conclusions et qui portent: que la collocation de frs. 8000, projetée en faveur du défendeur, doit être, en premier lieu, attribuée à désintéresser les acteurs . . . . „puis le solde versé à la masse"; en outre, en vertu de ce qui précède, une demande qui tend à contester à un créancier le rang qui a été assigné à sa créance par l'état de collocation, ne peut, en regard de la loi, être introduite en dehors de la procédure de collocation.

3° C'est à tort que l'on prétendrait voir une contradiction entre cette manière de voir et celle qui a inspiré l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral le 28 mars 1903, en la cause Kaiser et consorts c. Spar- und Leihkasse Zofingen (Rec. Off. 29 II 190).[1]) Il importe, en effet, de distinguer entre les actions révocatoires qui ont pour but la détermination de la masse passive, c'est-à-dire celles qui tendent à établir qui sont les créanciers du failli, et quel est le montant et le rang de leur créance — et les actions révocatoires dont le but est de modifier la composition de la masse active, c'est-à-dire de faire rentrer dans la masse certains biens qui lui ont échappé. L'action révocatoire tendant à la fixation de la masse active, ne peut, aux termes de l'art. 285 LP être intentée par un créancier non porteur d'un acte de défaut de biens,

---

[1]) Revue 21 No. 40.

que moyennant cession de la masse; cette action n'a pas d'influence sur l'état de collocation et n'a pas de rapport avec l'art. 250 LP. L'action révocatoire tendant à la fixation de la masse passive, au contraire, doit s'exercer sous forme d'opposition à la prétention du créancier qui fait valoir l'acte révocable; cette opposition doit dès lors être manifestée dans le cours de la procédure en collocation, soit par l'administration de la faillite, qui écarte la production, soit par un créancier par une demande en modification de l'état de collocation conformément à l'art. 250 al. 2.

Or, tandis qu'il s'agit, en l'espèce, d'une action révocatoire tendant à la modification de la masse passive, il s'agissait, dans l'affaire Kaiser et consorts c. Spar- und Leihkasse Zofingen, d'une action révocatoire tendant à la modification de la masse active, par conséquent d'une action qui ne devait pàs être intentée dans le délai strict fixé par l'art. 250 LP. (Entsch. vom 27. Dezember 1907 i. S. Desbiolles et Gillard c. Weber.)

---

59. *Anfechtungsklage. Art. 285 ff., spec. 288 B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889 (Deliktspauliana). Anfechtbarkeit eines Pfandrechts, das errichtet wird für ein Darlehen, welches im Interesse des Pfandgläubigers verwendet werden soll.*

Unter der Firma Zurbuchen & Cie bestand in Bern vom Jahre 1898 bis 1904 eine Käsehandlung en gros. Teilhaber der Firma waren ursprünglich Peter Zurbuchen und dessen Söhne Fritz und Samuel Zurbuchen, von 1902 — nach dem Tode des Fritz Zurbuchen — bis 1904 Peter und Samuel Zurbuchen. Am 8. April 1904 starb auch Samuel Zurbuchen. Ueber die Firma Zurbuchen & Cie wurde dann am 31. August 1904 der Konkurs eröffnet, und am 13. Oktober 1904 wurde auch über Peter Zurbuchen persönlich der Konkurs erkannt. Im Konkurse des Peter Zurbuchen machte die Gesellschaft Bürki & Cie u. a. eine Pfandobligation von Fr. 30,000.— geltend, die sich auf folgendes stützte: Die klägerische Gesellschaft, Bürki & Cie, deren Teilhaber die Neffen der Frau Peter Zurbuchen sind, stand mit Zurbuchen & Cie seit längerer Zeit im Geschäftsverkehr. Sie war u. a. Bürge für einen Wechsel der Gesellschaft Zurbuchen & Cie von Fr. 30,000.—, ausgestellt am 29. Oktober 1904, und für einen weitern von Fr. 12,000.—, fällig per 15. Juni 1904. Der 30,000.— Fr.-Wechsel wurde am 26. Februar 1904 in der

Weise erneuert, dass ein Wechsel von Fr. 25,000.—. fällig per 30. Juni 1904 unterzeichnet von Zurbuchen & Cie als Schuldnerin und von Bürki & Cie sowie A. Strübi als Bürgen ausgestellt wurde, Fr. 5,000.— nebst Zinsen wurden der Gläubigerin bar bezahlt. Der am 15. Juni 1904 fällige Wechsel von Fr. 12,000.— wurde am 16. gleichen Monats bar getilgt, die Klägerin hatte vorher an Peter Zurbuchen (oder an Zurbuchen & Cie) Fr. 1,013.10 gegeben, welche zur Deckung des Wechsels verwendet wurden. Am 29. Juni 1904 zahlte die Klägerin an Peter Zurbuchen weitere Fr. 3,986.90 und am 1. Juli Fr. 25,000.—. Der am 30. Juni 1904 fällige 25,000.— Fr.-Wechsel wurde hierauf von Zurbuchen & Cie bezahlt. Für die Zahlungen von insgesamt Fr. 30,000.— stellte Peter Zurbuchen am 1. Juli 1904 folgende Interimsquittung aus: „Der unterzeichnete Peter Zurbuchen, Käsehändler, in „Bern, anerkennt hiermit, den Herren Bürki & Cie, Käse„handlung, in Bern, für ein heute in bar erhaltenes Darlehen „die Summe von Fr. 30,000.—, dreissigtausend Franken, „schuldig zu sein zinsbar ab 1. Juli 1904 à 4 %. Hiefür er„klärt der Unterzeichnete, den Gläubigern eine Pfandobligation „zu errichten auf seine Besitzung“ (folgt Beschreibung). Am 25. Juli 1904 liess sodann Peter Zurbuchen zu Gunsten der Firma Bürki & Cie in den gesetzlichen Formen eine Pfandobligation auf seine Besitzung für ein erhaltenes Darlehen von Fr. 30,000.— nebst Zins zu 4 ½ % ab 1. Juli 1904 errichten. Die zweite kantonale Instanz wies das Pfandrecht für den Betrag von Fr. 26,013.10 ab, und das Bundesgericht hat dieses Urteil, in Abweisung der Berufung der Klägerin, bestätigt, im wesentlichen aus folgenden Gründen:

(4.) Das Bundesgericht hat zunächst davon auszugehen, dass die Klägerin an Peter Zurbuchen ein Darlehen von Fr. 30,000.— gegeben hat und dass für dieses Darlehen die angefochtene Hypothek errichtet worden ist. Damit die Pfanderrichtung anfechtbar sei, ist vor allem erforderlich, dass sie eine Schädigung der Gläubiger des Peter Zurbuchen und eine Begünstigung der Klägerin bewirkt habe. Der Standpunkt der Klägerin ist nun der, eine allfällige Schädigung sei nicht durch die Hingabe des Darlehens und die Errichtung des Pfandes, sondern durch die Verwendung des Darlehens erfolgt; diese stelle sich aber als ganz selbständige Rechtshandlung dar, die mit der Hingabe des Darlehens in keinem Zusammenhange stehe. Die Vorinstanz hat sich grundsätzlich auf den Boden, dass zur Anfechtbarkeit ein derartiger Zusammenhang erforderlich sei, gestellt, und das entspricht der Rechtsansicht

des Bundesgerichtes gemäss den Urteilen BGE **29** II S. 391 f., **31** II S. 330 f., E 7[1]) und **33** II S. 193, E 4. Dabei ist mit der neuern, im letztgenannten Urteile zum Ausdruck gekommenen Praxis nicht sowohl darauf abzustellen, dass das vom Anfechtungsbeklagten und dem Gemeinschuldner zunächst gewollte Geschäft und die die Schädigung unmittelbar herbeiführende Rechtshandlung ein im Rechtssinne einheitliches Rechtsgeschäft sein muss, vielmehr besteht ein genügender Zusammenhang auch dann, wenn bei rechtlicher Selbständigkeit beider Geschäfte (wie pfandversichertes Darlehen einerseits und Zahlung anderer Schulden andrerseits) das zweite die Schädigung unmittelbar verursachende beim Abschluss des ersten vom Anfechtungsbeklagten gewollt oder doch als Folge des erstern vorausgesehen wurde. Wenn damit die Anfechtbarkeit der ersten Handlung allerdings nicht allein von dieser Handlung abhängig gemacht wird, sondern erst von einer nachfolgenden, so besteht hiegegen in denjenigen Fällen kein Bedenken, in denen diese nachfolgende Handlung als notwendige Folge vorausgesehen und damit vom Willen des die erste Handlung Ausführenden mitumfasst wurde. Dass diese mittelbare Folge der ersten Rechtshandlung von den Parteien gewollt war, ist nun nach den gesammten Umständen zu beurteilen. Der Gläubiger, der wie hier dem Schuldner ein Darlehen gewährt, damit es der Schuldner im Interesse des Gläubigers verwende, wird selten dem Schuldner eine ausdrückliche Verpflichtung zu dieser Verwendung des Darlehens auferlegen; gewöhnlich wird nur aus den begleitenden Umständen darauf zu schliessen sein, dass eine solche Verpflichtung gemeint war. Namentlich wird dann, wenn der Darlehensgeber wusste, dass das Geld zu diesem Zwecke verwendet werden sollte, auch anzunehmen sein, dass es nur zu diesem Zwecke hingegeben wurde, dass also die die Gläubiger schädigende Verwendung auch vom Darlehensgeber gewollt war. Im vorliegenden Falle steht tatsächlich fest, dass die Verwendung des Darlehens zur Zahlung der verbürgten Wechselschulden dem Darlehensgeber bekannt war. Aber ausserdem ergibt sich auch aus den Akten (Zeugnis des Notars Schmid), dass sich die Geschäftsparteien wohl bewusst waren, dass es sich bei der ganzen Rechtshandlung um ein Umgehungsgeschäft handle, das zwar so wie geschlossen gewollt, also nicht simuliert war, aber doch den einfacheren und allein beabsichtigten Erfolg verdeckte. Eigentlich hätten, wie Zur-

---

[1]) Revue **23** Nr. 66.

buchen dem Notar bestätigte, Bürki & Cie den Wechsel einlösen sollen; nur um den bösen Schein zu meiden, wurde vorgesehen, dass Zurbuchen das Geld bei Bürki & Cie erhebe und den Wechsel selber einlöse. Daraus ergibt sich auch, dass dem Zurbuchen die Art der Verwendung des so erhobenen Darlehenskapitals durchaus nicht freistand. Das folgt auch aus der Erwägung, dass die Kläger vernünftigerweise ihrem Schuldner, der ihnen die Unfähigkeit ihren Wechsel einzulösen bekannte, niemals ein Darlehen zu beliebiger Verwendung gemacht hätten, sondern dass sie sich selbstverständlich nur zur Deckung ihrer Forderung unter den gegebenen Umständen zu einer solchen Darlehensgewährung verstanden. An dem nach vorstehendem anzunehmenden Zusammenhange zwischen der Darlehenshingabe und deren Verwendung kann der Umstand nichts ändern, dass die verbürgten und aus dem Darlehen bezahlten Wechsel Schulden der Kollektivgesellschaft Zurbuchen & Cie waren. Denn einmal war diese Gesellschaft infolge Todes eines Gesellschafters aufgelöst und die Haftbarkeit jedes einzelnen Gesellschafters für die Schulden der aufgelösten Gesellschaft deshalb begründet (OR 564, Abs. 3). Ausserdem aber würde auch nur die eventuelle Haftung des Pfandbestellers Peter Zurbuchen hinter einer Gesellschaft genügen, um unter den gegebenen Umständen, namentlich beim vorausgesehenen Konkurs der Gesellschaft, den Schluss zu rechtfertigen, dass die geschehene Verwendung des Darlehens zur Zahlung der Wechsel der Gesellschaft von den Parteien des Darlehensgeschäftes gewollt war.

Der Zulässigkeit der Anfechtung solch unmittelbar schädigender Handlungen steht auch nicht entgegen, dass die zweite Handlung, hier die Zahlung der Wechselschuld von Zurbuchen & Cie, beim Obsiegen des Anfechtungsklägers in ihren Folgen nicht rückgängig gemacht werden kann und soll. Es genügt, wenn der Anfechtungsbeklagte seinen Vorteil restituiert resp. das Pfand verliert, wogegen ihm der Anspruch aus Bürgschaftsregress wieder zukommt, den er ohne die anfechtbare Rechtshandlung gehabt hätte. Sollte er dabei einen Regress auf seinen Mitbürgen verloren haben, was hier nicht zu entscheiden ist, so kann er doch diese Folge seiner anfechtbaren Handlung nicht als Argument gegen die Zulässigkeit der Anfechtung verwenden.

(5.) Für die Anfechtbarkeit ist weiter erforderlich, dass Peter Zurbuchen in Benachteiligungsabsicht gehandelt habe. In dieser Beziehung ist von der Vorinstanz festgestellt — was übrigens ohne weiteres feststeht —, dass zur Zeit der Pfand-

errichtung der Zusammenbruch sowohl des Peter Zurbuchen als der Firma Zurbuchen & Cie nahe bevorstand. Für die Beurteilung der Situation des Peter Zurbuchen müssen auch die Geschäftsschulden von Zurbuchen & Cie herbeigezogen werden, da Peter Zurbuchen für dieselben zur Zeit der Pfandbestellung schon haftete. Dagegen macht die Klägerin geltend, Peter Zurbuchen habe von seiner Vermögenslage keine Kenntnis gehabt, wofür sie sich darauf beruft, dass in der Gesellschaft Zurbuchen & Cie seit einiger Zeit keine Bücherabschlüsse gemacht worden seien. Allein es ist klar, dass ein Kaufmann seine geschäftliche Lage auch ohne Bücherabschluss überblickt, die Unterlassung von Abschlüssen erfolgt häufig gerade bei beginnendem Zerfall des Geschäftes. Des weitern ist festgestellt, dass sich Zurbuchen & Cie in Zahlungsschwierigkeiten — speziell auch hinsichtlich der in Frage kommenden Wechsel — befanden, und dass sie in Triest an einer Gesellschaft G. Appolonio & Cie einen Verlust von ca. Fr. 40,000.— erlitten hatten, der auf die finanzielle Lage so stark einwirkte, dass sogar dem Buchhalter der Firma infolge dieses Verlustes zum Bewusstsein kam, dass die Firma unter ihren Sachen stehe (Zeugnis Boss). Endlich stellt die Vorinstanz fest, es sei dem Peter Zurbuchen bekannt gewesen, dass Samuel Zurbuchen unter Hinterlassung einer bedeutenden Schuldenlast gestorben sei. Alle diese Umstände rechtfertigen den Schluss, dass dem Peter Zurbuchen bei Errichtung des Pfandrechtes erkennbar sein musste, dass dadurch eine Begünstigung der Klägerin und eine Schädigung der übrigen Gläubiger eintrete, dass also Benachteiligungsabsicht vorlag.

(6.) Als letztes Erfordernis der Anfechtbarkeit bleibt danach das Vorhandensein der Erkennbarkeit der Benachteiligungs- und Begünstigungsabsicht bei der Klägerin zu ermitteln. Nach dieser Richtung stellt die Vorinstanz tatsächlich fest, dass die Klägerin Kenntnis vom Verlust Appolonio hatte, sowie auch von dem Umstande, dass der Firma Zurbuchen & Cie neue Betriebsmittel zugeführt werden mussten; weiter, dass sie wusste, dass Zurbuchen & Cie den Wechsel von Fr. 25,000.— in seinem ganzen Betrage nicht einlösen konnten, denjenigen von Fr. 12,000.— nur unter Zuhilfenahme ihrer, der Klägerin, Mittel. Endlich führt die Vorinstanz noch aus, der Klägerin sei angesichts der Verwandtschaft zweifellos bekannt gewesen, dass Samuel Zurbuchen unter Hinterlassung eines bedeutenden Schuldenüberschusses gestorben war und dessen Verlassenschaft ausgeschlagen wurde. Der letztern Argumentation gegenüber verweist die

Klägerin darauf, dass das Ergebnis des amtlichen Güterverzeichnisses erst am 8. August festgestellt und die Erbschaft erst am 30. August 1904 ausgeschlagen worden sei. Allein das steht der ausschlaggebenden Feststellung, dass die Klägerin Kenntnis vom Schuldenüberschuss hatte, nicht entgegen. Des weitern ist allerdings aus dem Ergebnis des Beweisverfahrens zu schliessen, dass die Situation von Zurbuchen & Cie allgemein als günstig angesehen wurde und dass der Zusammenbruch Uneingeweihten überraschend kam. Das schliesst indessen die Schlüssigkeit jener Feststellungen der Vorinstanz für die Erkennbarkeit der Benachteiligungsabsicht bei der Klägerin, zumal angesichts des Verwandtschaftsverhältnisses zu Peter Zurbuchen, nicht aus. Es kann auch nicht argumentiert werden, die Klägerin habe nur an eine vorübergehende Klemme von Zurbuchen & Cie glauben können. Gerade die Art, wie die Wechseldeckung beschafft wurde, ist ein gewichtiges Indiz dafür, dass der Klägerin die Situation von Zurbuchen & Cie und Peter Zurbuchen erkennbar war; mehr als Erkennbarkeit verlangt aber das Gesetz nicht. Dass die Klägerin mit ihrem Darlehen Fr. 3,986.90 mehr an Zurbuchen auszahlte, als zur Deckung der verbürgten Wechsel notwendig war, steht der Erkennbarkeit des nahen Zusammenbruchs nicht entgegen; sie konnten diese Mehrleistung angesichts der Pfanddeckung riskieren und ermöglichten ausserdem der Firma, dadurch einen grösseren Teil ihrer eigenen Mittel an den einen der verbürgten Wechsel zu verwenden. (Entscheid vom 7. Dezember 1907 i. S. Bürki & Cie c. Konkursmasse Zurbuchen.)

B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

60. *Werkvertrag. Verjährung der Schadensersatzklage aus Werkvertrag. Art. 358, 362 OR.*

Basel-Stadt. Urteil des Appellationsgerichts vom 11. Februar 1908 i. S. Schmid c. Ruckstuhl.

Auf Grund Werkvertrags erstellte J. Ruckstuhl dem A. Schmid in dessen Neubau eine Warmwasserheizung, für die er die Garantie auf zwei Jahre vom 1. Juli 1899 an übernommen hatte. Die Heizung war im Frühsommer 1899 fertig erstellt und funktionierte im Winter 1899 auf 1900. Schmid will schon damals reklamiert haben, was aber von Ruckstuhl in

Abrede gestellt wird. Jedenfalls aber steht fest, dass Schmid am Ende des folgenden Winters 1900/1901 Reklamationen erhob und im Mai 1901 den Ruckstuhl zur Beseitigung der Mängel aufforderte. Ruckstuhl nahm nun gewisse Reparaturen vor; Schmid verlangte von ihm, dass die Garantie auch für den nächsten Winter in Kraft bleibe, da sich erst dann der Effekt der Reparaturen werde beurteilen lassen, und Ruckstuhl erklärte seine Zustimmung. Im Januar 1902 erfolgten neue Reklamationen, die Ruckstuhl nicht gelten lassen wollte, weil die Missstände von unrichtigem Heizen herrührten. Als die Heizung auch im Winter 1902/1903 nicht gehörig funktionierte, liess Schmid die Anlage durch den kantonalen Heizungsingenieur untersuchen, der Konstruktionsfehlern die Schuld gab, worauf Ruckstuhl wieder Reparaturen vornahm. Als ihm aber Schmid im Oktober 1904 erneute Reklamationen zugehen liess, antwortete Ruckstuhl, er trete auf nichts weiter ein. Trotzdem wurde in den folgenden Jahren immer wieder reklamiert und von Ruckstuhl ablehnend geantwortet. Im Jahr 1907 verlangte Schmid eine gerichtliche Expertise, die ihm gewährt wurde und den Fehler in unrichtig dimensionierten Röhrleitungen fand. Darauf klagte Schmid gegen Ruckstuhl auf vertragsmässige Erstellung der Centralheizung und auf Ersatz des bisher durch Unbenutzbarkeit des Hauses, Unmöglichkeit der Vermietung und dergleichen entstandenen Schadens. Ruckstuhl hielt dieser Schadensersatzklage die Einrede der Verjährung entgegen. Nur mit dieser Frage wollen wir uns hier befassen. Das Civilgericht nahm an, der Anspruch auf Schadensersatz bei Verschulden des Unternehmers (Art. 358 OR) unterliege nicht der kurzen Verjährungsfrist des Art. 362, sondern als Anspruch im Sinne von Art. 110 der ordentlichen zehnjährigen Verjährung. Der Art. 362, sagt es, lasse Zweifel offen; man könne unter dem Ausdrucke „die Ansprüche des Bestellers wegen allfälliger Mängel“ alle in Art. 358 erwähnten Ansprüche verstehen oder auch nur die regelmässig eintretenden, nicht die nur ausnahmsweise entstehenden, wie die aus Verschulden des Unternehmers herrührenden; für letzteres spreche der Charakter der Schadensersatzansprüche, die auf einem besonderen Verschulden des Unternehmers basieren und daher der kurzen Verjährungsfrist nicht unterworfen werden wollten.

Das Appellationsgericht hat diese Ansicht verworfen und auch den Schadensersatzanspruch als verjährt erklärt.

Gründe: Nach Art. 362 OR verjähren „die Ansprüche des Bestellers wegen allfälliger Mängel des Werkes“ gleich

den entsprechenden Ansprüchen des Käufers gemäss den Art. 257 bis 259. Welches diese Ansprüche des Bestellers sind, wird in Art. 358 gesagt: Das Recht auf Heimschlag, auf Minderung des Werklohnes, auf Verbesserung des Werkes, und in allen diesen Fällen das Recht auf Schadensersatz bei Verschulden des Unternehmers. Für die Verjährungsfrist und den Beginn der Verjährung verweist Art. 362 auf die entsprechenden Vorschriften beim Kauf, wonach die Verjährung nach einem Jahre, von der Ablieferung des Kaufobjekts an den Käufer gerechnet, eintritt, sofern nicht der Verkäufer eine Garantie auf längere Zeit übernommen hat. Daraus folgt, dass auch die Schadensersatzklage der einjährigen Verjährung unterworfen ist. Die gegenteilige Auffassung, wie sie Hafner (Komm. 2. Aufl. Art. 362, Note 3) vertritt, liesse sich nur damit begründen, dass der Schadensersatzanspruch als ein Anwendungsfall der allgemeinen Kontraktsansprüche wegen nicht gehöriger Erfüllung (Art. 110 ff. OR) aufgefasst würde. Dies kann aber schon deshalb nicht richtig sein, weil nicht ersichtlich wäre, weshalb in Art. 358 der Schadensersatzanspruch des Bestellers noch besonders genannt wird. Dazu kommt, dass im Falle des Art. 358 der Besteller ein Verschulden des Unternehmers nachweisen muss, während bei der allgemeinen Klage aus Art. 110 ff. umgekehrt der auf Schadensersatz belangte Schuldner sich exkulpieren muss. Aber auch praktische Gründe sprechen dafür, alle Ansprüche des Bestellers nach Art. 358 derselben Verjährung zu unterwerfen. Denn das Bedürfnis einer baldigen Erledigung des Geschäfts, welches zum Erlass der Vorschriften über sofortige Mängelrüge und rasche Anhebung der Klagen auf Heimschlag, Preisminderung oder Verbesserung geführt hat, spricht auch für eine kurze Verjährung der auf demselben Tatbestand, nämlich dem mangelhaften Werk, beruhenden Schadensersatzklage.

(Direkte Mitteilung.)

---

61. *Schadensersatzklage des Käufers neben der Preisminderungsklage. Voraussetzungen. Gegensatz zu Art. 110 OR.*

Bern. Urteil des App.- u. Kass.-Hofes vom 19. Oktober 1906 i. S. Küng c. Sellarés.

Der Beklagte hat neben dem Preisminderungsanspruch widerklagsweise auch einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Lieferung von mangelhaften Fässern erhoben. Der Kläger hat die Zulässigkeit der Widerklage bestritten, weil unser

Recht einen derartigen Anspruch im Falle der Geltendmachung eines Preisminderungsanspruches nicht kenne.

Nun fällt allerdings in Betracht, dass das schweizerische Obligationenrecht einen Schadensersatzanspruch ausdrücklich nur in Verbindung mit der Wandelungsklage vorsieht (Art. 253, 241 al. 2 das.). Allein schon seit geraumer Zeit ist die Gerichtspraxis über diese Bestimmung hinausgeschritten und hat auch dann, wenn die Wandelung ausgeschlossen ist, einen selbständigen Schadensersatzanspruch des Käufers anerkannt, sofern den Verkäufer ein Verschulden an der fehlerhaften Lieferung trifft. Dabei handelt es sich freilich, wie entgegen dem grundlegenden Entscheide des Bundesgerichts i. S. Schnarrwyler und Gen. c. Gabriel (a. S. Bd 17 Nr. 47 Erw. 8) festzustellen ist, nicht um einen Schadensersatzanspruch auf Grund von Art. 110 ff. OR. Während nämlich im Falle des Art. 110 OR die blosse Tatsache der Nichterfüllung den Schuldner zum Schadensersatz verpflichtet, es sei denn, dass er den Beweis des Nichtvorhandenseins eines Verschuldens auf seiner Seite erbringt, bildet hier der Nachweis eines Verschuldens die Voraussetzung der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches seitens des Käufers. Ausserdem ist aber der Schadensersatzanspruch wegen mangelhafter Lieferung eines Kaufobjektes auch an das Requisit einer rechtzeitigen Mängelrüge gebunden und unterliegt auch in Bezug auf die Verjährung nicht den allgemeinen Normen, sondern der Vorschrift des Art. 257 OR. All dies führt dazu, den in Rede stehenden Schadensersatzanspruch als einen solchen sui generis anzusehen, der sich als accessorium des Wandelungs- oder Preisminderungsanspruches darstellt (vergl. den b.-g. Entsch. Bd 17 Nr. 47 Erw. 8; dazu Bd 20, Nr. 101 Erw. 3).

(Zeitschr. d. Bern. J.-V., XLIII S. 385 f.)

---

62. *Droit d'auteur. Responsabilité de celui qui organise une fête des atteintes aux droits d'auteur. Inadmissibilité de l'exception admise par l'art. 11 ch. 10 de la loi fédérale conc. le droit des auteurs, du 23 avril 1883.*

Genève. Jugement de la Cour de Justice civile du 21 décembre 1907 d. l. c. Société des auteurs etc. c. l'Union cycliste suisse.

L'Union cycliste suisse, société établie à Genève, a organisé au Vélodrome de la Jonction des courses cyclistes intitulées „Championnats du monde“ et a engagé pour ces fêtes des corps de musique. La Société des auteurs, compo-

siteurs et éditeurs de musique, ayant son siège à Paris, a fait défense à l'Union cycliste et au propriétaire du Vélodrome, de laisser exécuter publiquement aucune œuvre musicale des membres de cette société, sous peine de dommages-intérêts, en exécution de la loi fédérale du 23 avril 1883. Les concerts ayant eu lieu, et des œuvres de membres de la société ayant été exécutées, celle-ci a assigné l'Union cycliste en paiement de 500 frs. de dommages-intérêts, en application de l'art. 12 de la loi précitée. L'Union a objecté: 1° que la réclamation de la société devait s'adresser aux corps de musique que l'Union avait engagés pour ces concerts; 2° qu'en organisant ceux-ci, elle n'avait poursuivi aucun but de lucre et était donc au bénéfice de l'art. 11 ch. 10 de la loi citée. Le Tribunal de 1re instance a débouté la société demanderesse de sa demande, par les motifs que la jurisprudence relative aux industriels, organisateurs professionnels de spectacles publics (cafetiers etc.), n'est pas applicable en l'espèce, les réunions organisées par l'Union étant des manifestations sportives, avec une partie musicale qui n'était qu'un accessoire sans influence sur le prix d'entrée, et que, le fait de chercher à couvrir, en partie, les frais propres à un spectacle ne constituant pas le but de lucre, l'Union a le droit d'invoquer l'art. 11 ch. 10. — La Cour de Justice civile a réformé ce jugement et condamné l'Union à payer à la demanderesse 150 frs. à titre de dommages-intérêts.

Motifs: 1° C'est celui qui organise une fête qui est responsable de l'atteinte que celle-ci peut porter aux droits des tiers; c'est à lui à prendre des mesures pour empêcher ces atteintes, sinon, c'est à lui de les réparer. La jurisprudence est constante en ce sens.

2° L'art. 11 ch. 10 est une disposition exceptionnelle admise par le législateur et vivement critiquée et non adoptée par les lois postérieures. Elle doit donc être appliquée strictement.

Cette disposition a été insérée par le Conseil fédéral dans la loi, ensuite de pétitions de sociétés de musique, qui craignaient que la perception des droits d'auteur ne fût fatale au développement de la musique en Suisse.

Elle revêtait, dans le projet du Conseil fédéral, la forme suivante:

„Ne constitue pas une violation du droit d'auteur . . . . l'exécution . . . d'œuvres . . . musicales . . . par des écoles, des pensionnats, des sociétés privées, ou troupes d'amateurs, qui organisent l'exécution sans but de lucre.“

La Commission du Conseil des Etats, désirant empêcher que les représentations de ce genre, pour lesquelles un droit d'entrée serait perçu, en vue d'en couvrir les frais, fussent soumises aux droits, proposa la rédaction adoptée qui est le chiffre 10 de l'art. 11 actuel.

L'exception admise au principe du droit de l'auteur l'a donc été dans l'intérêt du développement musical et littéraire de la population suisse et ne doit donc bénéficier qu'aux représentations organisées uniquement dans un but d'instruction, d'édification ou d'amusement et de récréation, ou dont le but est purement idéal, immatériel.

En appliquant ces principes . . . l'Union n'est pas fondée à invoquer le chiffre 10 de l'art. 11 de la loi. Son but n'était pas l'exécution d'œuvres musicales, mais purement sportif. Elle cherchait d'attirer le public par cet accessoire musical et d'augmenter le produit des entrées.

Ce que la loi veut, c'est que l'exécution musicale ait, par elle-même, un but idéal, et que les droits d'entrée perçus, s'il y en a, ne servent qu'à couvrir les frais de cette exécution elle-même.

En outre, en elle-même, l'entreprise de l'Union ne peut être considérée comme exempte de tout but de lucre. La loi fédérale ne fait nullement la distinction entre les représentations organisées par des professionnels et celles qui le sont par d'autres personnes. Un professionnel peut parfaitement donner une fois une représentation présentant tous les caractères voulus par la loi, pour être exemptée des droits d'auteur, tandis qu'un particulier peut en organiser une qui y sera soumise.

De même, le fait qu'un droit d'entrée soit perçu, ou que l'entrée soit libre, ne suffit pas à trancher la question. Ce n'est pas non plus le résultat financier final de l'entreprise qui doit être pris en considération. Il n'est pas non plus besoin que le profit . . . se traduise nécessairement par un bénéfice en argent.

Or, en organisant ces réunions, l'Union cherchait soit à se faire connaître, soit à être utile à ses membres et à l'industrie cycliste du pays.

. . . . . Si les dépenses de l'Union ont été considérables, il ne s'ensuit pas que l'espoir d'un gain fût d'emblée écarté. Les chiffres des sommes qu'elle a payées démontrent que son entreprise n'était nullement une de ces représentations modestes organisées dans un but unique de récréation ou d'instruction, en faveur desquelles la loi a créé l'exemption des droits d'auteur. (La Semaine judiciaire, XXXI p. 138 ss.)

---

63. *Konkursprivileg der Dienstlohnforderung; Umfang. Dienstvertrag oder Werkvertrag? Art. 219 I c des B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889.*

Zürich. Urteil der I. Appellationskammer vom 27. Februar 1907.

Der Küfermeister T. besorgte im Auftrage des Festwirtes Pf. die Küferarbeiten für das kantonale Schützenfest in R. Bald nachher geriet Pf. in Konkurs, in welchem T. eine Lohnforderung von zirka 700 Franken für die von ihm und seinen Gesellen geleisteten Arbeiten — nach Tag- und Stundenlöhnen berechnet — anmeldete. Für dieselbe beanspruchte er das Konkursprivileg des Art. 219, Klasse I lit. c SchKG. Dasselbe wurde von der Konkursmasse bestritten, jedoch in beiden Instanzen geschützt, zweitinstanzlich mit folgender

Begründung: 1. Es stehen sich über die Auslegung der Bestimmung des Art. 219, Klasse I lit. c SchKG zwei Ansichten gegenüber. Die eine ist niedergelegt in zwei kantonalen Urteilen (Arch. f. Sch.-K. II, Nr. 5 und 6), die das Konkursprivileg des „Repasseurs," eines Heimarbeiters der Uhrenindustrie, und des Einzelstickers in der Stickerei-Industrie verneinten, weil diese beiden Arbeiterkategorien zum Fabrikanten nicht im Dienstvertragsverhältnis stünden. Brüstlein will dagegen (Arch. II, Nr. 7) auch im Falle eines Werkvertrages dem Arbeiter das Privileg geben, sofern nur der Gläubiger seinem Beruf nach sich als Arbeiter qualifiziere und seine Forderung sich im Wesentlichen als der Gegenwert der von ihm selbst oder seinen nächsten Familiengenossen geleisteten Arbeit darstelle, und sofern es sich um Zeit- oder Stücklohn handle. Jäger (Kommentar zum SchKG Art. 219, Anm. 17) will ebenfalls nicht allein auf den Unterschied zwischen Dienst- und Werkvertrag abstellen, „sondern das Kriterium der Anwendbarkeit der Bestimmung darin suchen, ob der Gläubiger eine wirtschaftlich selbständige Existenz habe oder nur abhängiger, vom Gemeinschuldner „gedungener" Arbeiter sei." Dabei ist er aber der Ansicht, dass dies beim Einzelsticker für gewöhnlich nicht zutreffe, sondern nur dann, wenn er sich verpflichte, für eine gewisse Zeit nur für einen bestimmten Arbeitgeber zu arbeiten.

Die beiden Autoren, die das Privileg über den Fall des Dienstvertrages hinaus ausdehnen wollen, haben die oben erwähnten Fälle im Auge, in denen die Frage praktisch geworden ist. Speziell Brüstlein betont, dass es nicht der Wille des Gesetzes sein könne, gewisse Klassen von Industriearbeitern, bei denen die juristische Natur des Arbeitsverhältnisses vom Normalfalle des Dienstvertrages abweiche, während die wirtschaftliche Abhängigkeit gleich bleibe, vom Privileg auszu-

schliessen. Im vorliegenden Falle liegt die Sache gerade in diesem Punkte etwas anders. Aus dem Notizbüchlein des Klägers ergibt sich, dass anfänglich nur einzelne Stunden per Tag und nicht alle Tage für den Kridar gearbeitet wurde, nachher aber sind nur noch ganze Taglöhne aufgeschrieben. Vor und nach und teilweise neben der Arbeit für das Fest hat der Kläger sein eigenes Küfereigeschäft betrieben. Er ist dem Kridar gegenüber nicht in derselben Stellung gewesen, wie ein Industriearbeiter, z. B. ein Einzelsticker zum Fabrikanten. Die spezielle wirtschaftliche Abhängigkeit, die neben der rechtlichen Gebundenheit infolge des Vertragsverhältnisses bestehen muss, wenn die Forderung aus Werkvertrag nach der Ansicht von Brüstlein und Jäger privilegiert sein soll, liegt hier also nicht vor.

2. Es ist daher zu entscheiden, ob zwischen dem Kridar und dem Kläger ein Dienstvertrag oder ein Werkvertrag abgeschlossen worden sei. Inhalt des Vertrages war die Ausführung der Küferarbeiten, die der Betrieb der Festwirtschaft nötig machte. Aus den Verhältnissen ist zu schliessen — das Gegenteil ist nicht behauptet — dass der Kläger nicht von Fall zu Fall, sondern von Anfang an für die gesamten Arbeiten engagiert wurde. Ob besondere Disziplinarbefugnisse des Kridars bestanden haben, wie weit der Kläger vom Kridar in bezug auf die Verfügung über seine Zeit und die Ausführung der Arbeiten abhängig war, ist im einzelnen nicht zu untersuchen, sicher ist, dass er sich der allgemeinen Ordnung des Betriebes der Festwirtschaft zu unterziehen und Weisungen des Geschäftsherrn über Umfang und Inhalt der zu leistenden Arbeiten entgegenzunehmen hatte.

Das Kriterium dafür, ob ein Werkvertrag oder Dienstvertrag vorliege, wird nun darin erblickt, ob Inhalt des Vertrages die Leistung eines Arbeitsproduktes oder die Leistung der Arbeit an sich sei (vergl. Hafner, OR Art. 338 Anm. 2 und Art. 350 Anm. 3). Die Frage ist also im vorliegenden Falle, ob die Vertragsparteien die Erfolge der Tätigkeit des Klägers, das Abfüllen von Flaschen, bestimmte Transporte, das Spülen einer bestimmten Anzahl Flaschen etc., also eine Reihe von Werken beim Vertragsabschlusse in erster Linie im Auge hatten oder ob sie nicht viel mehr die Leistung von Arbeit zum Vertragsinhalt machen wollten. Zweifellos war dieses letztere die Vertragsmeinung. Es ist der Küfer nicht zu jedem der einzelnen „Werke“ besonders engagiert worden, sondern es ist ihm offenbar am Anfang gesagt worden, man werde ihm die Küferarbeiten für das ganze Fest übertragen. Damals

stand im Einzelnen auch noch gar nicht fest, was alles zu tun sein werde. Es sind ihm die einzelnen „Werke" nicht abgenommen worden, und es wäre dem Kridar wohl schwerlich eingefallen, eine Mängelrüge vorzunehmen, wenn z. B. Flaschen schlecht gespült worden wären; dagegen hätte er den Kläger vielleicht bei mehrfachem Vorkommen ungenügender Verrichtung der übernommenen Arbeiten aus wichtigen Gründen entlassen.

3. Es liegt also ein Dienstvertrag, nicht ein Werkvertrag vor, und die Forderung des Klägers ist somit als Lohnforderung zn bezeichnen und zwar sowohl der Entgelt für die eigene Arbeit, wie auch für diejenige seiner Arbeiter, denn es ergibt sich aus den Umständen, dass er die versprochenen Dienste nicht oder doch nicht ausschliesslich in eigener Person zu leisten hatte (Art. 339 OR). Es ist also die ganze Forderung ein Entgelt für geleistete Dienste. Dabei ist gleichgültig, in welchem Verhältnis die Arbeiter des Klägers zum Kridar gestanden haben und ob die Gesellen den gleichen Lohn erhalten haben, den der Kläger dem Kridar verrechnet hat, oder ob dieser etwas für sich davon zurückbehalten habe als Gegenwert für die Leitung der Arbeit. Da es nun auf die Person des Gläubigers, der sie geltend macht, bei den Konkursprivilegien nicht ankommt (Jäger, Komm. zum SchKG Art. 219 Anm. 9), so ist dem Kläger auch für die von den Arbeitern verdienten Lohnbeträge das Privileg zuzuerkennen. Es kann hinsichtlich dieser Frage der bei Kohler (Lehrbuch des Konkursrechts S. 335 f.) vertretenen Ansicht, die sich auf einen Entscheid des deutschen Reichsgerichts (Entsch. IV Nr. 121) stützt, gefolgt werden; die Differenz im Wortlaut des deutschen und des schweizerischen Gesetzestextes bedeutet hier keine materielle Verschiedenheit.

(Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, VI S. 366 ff.)

A. Grundsätzliche Entscheide des Bundesgerichts.

---

64. *Berufung an das Bundesgericht, Zulässigkeit: Anwendbarkeit eidgenössischen Rechtes. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 56. Das Namenrecht, auch hinsichtlich der eingetragenen idealen Vereine, untersteht dem kantonalen Rechte. OR Art. 50 ff., 873, 876 spec. Abs. 2: Klagelegitimation bei unbefugtem Gebrauch einer Firma.*

Die „Loge Daheim No. 8 des Independent Ordre of Good Templers", die im schweizerischen Handelsregister eingetragen ist, erhob vor den Basler Gerichten gegen die „Loge Daheim No. 8 des Neutralen Guttemplerordens", welch letztere sich ebenfalls im Handelsregister hat eintragen lassen, Klage auf Unterlassung der Führung der Bezeichnung „Loge Daheim No. 8" „Guttemplerorden" u. s. w. Von den kantonalen Gerichten verurteilt, gelangte die Beklagte auf dem Wege der Berufung an das Bundesgericht. Dieses ist aber auf die Berufung nicht eingetreten, mit der Begründung:

Die Kompetenz des Bundesgerichts kann vorerst nicht unter Hinweis auf Art. 50 OR begründet werden, denn zunächst gewährt Art. 50 OR nur Schadensersatzansprüche aus unerlaubten (widerrechtlichen) Handlungen; wenn er auch Unterlassungsklagen zum Gegenstand haben könnte, so ist doch Voraussetzung seiner Anwendbarkeit ein Schaden, und zwar, gemäss der allgemeinen Terminologie des „Schadens" im SOR, ein Vermögensschaden. Das Vorhandensein eines solchen wird nun aber von der Klägerin gar nicht behauptet. Indem sodann Art. 50 OR die Schadensersatzpflicht allgemein an Schadenszufügung aus „widerrechtlichem" Handeln knüpft, hat er allerdings, im Anschluss an das französische Recht (code civil art. 1382), den Kreis der zu Schadensersatz verpflichtenden Handlungen gegenüber manchen frühern Gesetzgebungen (z. B. der zürch., PGB §§ 1827 ff.) erheblich erweitert, wie er auch weiter geht als § 823 DBGB. Allein er enthält nicht selbst die Norm darüber, was widerrechtlich sei, sondern er setzt die Normen hierüber — Normen des Strafrechts wie des

Zivilrechts (des eidgenössischen und kantonalen Rechts), gesetzte und ungesetzte Normen — als schon bestehend voraus (vergl. BGE **32** II S. 279; **30** II S. 371 f. sub. b). Wenn freilich die durchaus feststehende Praxis des Bundesgerichts an Hand des Art. 50 OR den Schutz gegen illoyale Konkurrenz und gegen widerrechtlichen Boykott neu geschaffen hat, so scheint das über den aufgestellten Grundsatz hinauszugehen; allein die Praxis hat dabei teils auf in der allgemeinen Rechtsordnung begründete Normen, teils auf besondere Normen des geschäftlichen Verkehrs abgestellt, also auf ungesetzte oder durch die Rechtsprechung selbst begründete Normen. Die Norm nun, welche die Rechtsverhältnisse am Namen regelt, kann — von der Firma zunächst abgesehen — nicht in den geschäftlichen Beziehungen der Namensträger und überhaupt nicht im Obligationenrecht, sondern nur in dem die Rechtsfähigkeit und die Verhältnisse der Persönlichkeit im allgemeinen regelnden Personenrecht gefunden werden. (So schon das — nicht abgedruckte — Urteil des Bundesgerichts vom Jahre 1902 i. S. von Hallwyl c. Kaufmann. Vgl. jetzt auch Art. 29 schweiz. ZGB, und die Erläuterungen zum Vorentwurf, I S. 68.) Soweit das von der Vorinstanz allegierte Urteil des Bundesgerichts i. S. Badollet (AS **32** II S. 399 f. E. 5) für den Schutz des Namens schlechthin auf Art. 50 OR verweisen sollte, ginge es daher zu weit. Untersteht aber danach der Schutz des Namens, nach seiner positiven wie nach seiner negativen Seite, den Bestimmungen des Personenrechts, so kann seine Rechtsquelle nicht im eidgenössischen, sondern nur im kantonalen Rechte liegen, und die Kompetenz des Bundesgerichts ist somit nicht gegeben.

Die Klägerin scheint indessen die Kompetenz des Bundesgerichts auf Art. 876 OR stützen zu wollen, und die Vorinstanz führt denn auch, um ihr Urteil mit auf Bundesrecht zu stützen, das Urteil des Bundesgerichts in Sachen Stahl c. Weiss-Boller, AS **17** S. 710 ff., an. Nun hat das Bundesgericht in diesem Entscheide allerdings den doppelten Grundsatz aufgestellt, dass Art. 876 (Abs. 2) OR jeden, auch den nicht als Firmainhaber Eingetragenen, gegen unbefugte Verwendung seines Namens in einer Firma schütze, und dass dieser Schutz sich weiter auch erstrecken müsse auf den unbefugten Namensgebrauch in einer Geschäftsbezeichnung. Diese Grundsätze können jedoch nicht aufrecht erhalten werden. Zwar lautet Art. 876 Abs. 2 OR in der deutschen und in der italienischen Fassung ganz allgemein („Wer durch den unbefugten Gebrauch einer Firma beeinträchtigt wird . . . . .“,

„Chi risenta pregiudizio per l'indebito uso d'una ditta . . . . .“), er scheint jedem durch den unbefugten Gebrauch einer Firma Verletzten, ganz abgesehen davon, ob er als Firmeninhaber eingetragen ist oder nicht, Schutz gegen Beeinträchtigung durch unbefugten Firmengebrauch zu gewähren und damit insbesondere auch das Namensrecht zu schützen. Diese Auffassung wird denn auch in der Doktrin vertreten (vgl. Miller, Die Lehre von der Geschäftsfirma nach SOR, S. 41 ff.; Lansel, Le nom en droit civil, nos 240 et 241, S. 198 ff.), und sie kann sich insbesondere stützen auf die deutsche Doktrin und Rechtsprechung hinsichtlich des a. DHGB Art. 27; vgl. Staub, Kommentar, 3. und 4. Aufl., S. 59, § 2 zu Art. 27; nunmehr auch zu Abs. 2 des § 37 des n. DHGB: Staub, 6. und 7. Aufl., S. 178 ff. Es wird denn auch kaum bezweifelt werden können, dass derjenige, dessen Namen entgegen der Vorschrift des Art. 873 a. E. OR in der Firma einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft gebraucht wird, hiegegen gestützt auf Art. 876 Abs. 2 OR einschreiten kann; vgl. den Hinweis von Hafner auf Art. 873 a. E. in Anm. 6 zu Art. 876. Allein abgesehen von diesem, hier nicht vorliegenden Fall ist Art. 876 Abs. 2 enger zu interpretieren, nämlich im Zusammenhang mit Abs. 1. Der französische Text zeigt dies deutlich, indem er in Abs. 2 von „cette raison“ spricht, womit er eben die Firma, von der Abs. 1 spricht, meint. Dieser Text ist aber korrekter, indem er streng im Rahmen dessen bleibt, was der Gesetzgeber in Art. 876 ordnen wollte und konnte: im Rahmen des Firmenrechtes. (So Wiedemann, Beiträge zur Lehre von den idealen Vereinen. S. 673 f. Der Absatz 2 bestimmt „lediglich „die Konsequenzen des in Absatz 1 aufgestellten Prinzipes: „die Klagen, mit welchen der zum ausschliesslichen Firmen„gebrauch Berechtigte seinem Recht Nachachtung verschaffen „kann“ — mit Polemik gegen das bundesgerichtliche Urteil in Sachen Stahl c. Weiss-Boller.) Der klägerische Verein ist nun im Handelsregister eingetragen, und Wiedemann, a. a. O., S. 408 ff. und 660 ff., spricht in sehr eingehender Begründung den nach Art. 716 OR eingetragenen idealen Vereinen den gesteigerten Rechtsschutz des Firmenrechts zu, so dass also in casu die Klägerin, die ja eingetragen ist, in der Tat ihre Klage mit Art. 876 stützen könnte. Allein dieser Auffassung von Wiedemann kann nicht beigestimmt werden. Die Bestimmungen des 33. Titels, zweiten Teiles, OR handeln von den Geschäftsfirmen; sie beziehen sich ihrer Natur nach überall nur auf die geschäftstreibenden Personen, regeln deren Beziehungen; ganz besonders spricht denn auch Art. 876 Abs. 1,

in dessen Zusammenhang Abs. 2, wie gesagt, auszulegen ist, nur von der Firma eines einzelnen Geschäftsinhabers oder einer Gesellschaft. Für die Namen eingetragener idealer Vereine ist bei Regelung dieser Materie der Geschäftsfirma kein Raum. Art. 876 findet somit in der vorliegenden Streitsache keine Anwendung und damit ist die Inkompetenz des Bundesgerichts endgültig festgesetzt. (Entsch. vom 20. März 1908 i. S. Loge Daheim No. 8 des Neutralen Guttemplerordens c. Loge Daheim No. 8 der Independent Order of Good Templers.)

---

65. *Berufung an das Bundesgericht, Zulässigkeit: Haupturteil. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 58, Abs. 1. Ein Vollstreckungsurteil ist kein Haupturteil.*

Durch Urteil vom 17. Januar 1908 erkannte das Appellationsgericht Basel-Stadt über das Rechtsbegehren der Klägerin:

„Es sei das Urteil des Zivilgerichts Versailles vom 13. Juni 1907 für vollstreckbar zu erklären und demgemäss der Beklagte zur sofortigen Herausgabe des Kindes Anna an die Klägerin zu verurteilen“:

1. In Vollstreckung des Urteils des Zivilgerichts Versailles vom 13. Juni 1907 wird der Beklagte zur sofortigen Herausgabe des Kindes Anne Violette Abeille Thérèse de Kermel an die Klägerin oder an die bevollmächtigte Person verurteilt.

2. Für den Fall der Nichtbefolgung dieses Urteils wird dem Beklagten hiemit die Verzeigung zu strafgerichtlicher Ahndung im Sinne von § 52 des Strafgesetzes des Kantons Basel-Stadt angedroht.

Auf die vom Beklagten gegen dieses Urteil ergriffene Berufung ist das Bundesgericht nicht eingetreten mit der Begründung:

Auf die Berufung kann nicht eingetreten werden, weil das angefochtene Urteil kein Haupturteil ist (Art. 58 Abs. 1 OG). Unter Haupturteil ist nach der Praxis ein endgültiger Entscheid über den materiellen Anspruch zu verstehen (vergl. AS **20** S. 79, **23** S. 766). Vorliegend hat aber das Appellationsgericht Basel-Stadt nicht über einen materiellen, sondern über einen prozessualen Anspruch geurteilt. Es hat laut Rechtsbegehren und Dispositiv nicht darüber entschieden, ob der Beklagte zivilrechtlich verpflichtet sei, der Klägerin das Kind Anny herauszugeben, sondern ausschliesslich darüber, ob in dieser Hinsicht das Scheidungsurteil des Gerichts in Versailles in Basel zu vollstrecken sei. Dieser Vollstreckungs-

entscheid ist allerdings in die Form eines Zivilurteils gekleidet; doch erklärt sich dies daraus, dass dem Basler Prozessrecht ein besonderes Exequaturverfahren betreffend die Vollstreckung auswärtiger Urteile zu fehlen scheint. Ueber die Frage, ob ein Hauptturteil vorliegt, entscheidet aber selbstverständlich nicht die zufällige Form, sondern der Inhalt eines Entscheides. (Entsch. vom 26. März 1908 i. S. de Kermel c. de Kermel.)

---

66. *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 56 ff., 175 ff.*

Eine Verbindung der nach ihrer Natur, ihrem Ziel, ihren Formalitäten u. s. w. ganz verschiedenartigen Rechtsmittel der Berufung und des staatsrechtlichen Rekurses in einer Eingabe ist unstatthaft. (BGE **20** S. 868 f., und Favey, Les conditions du recours, in Journal des tribunaux, **45** S. 313 f., Sep.-Abzug S. 27.) (Entsch. vom 20. März 1908 i. S. Schlumpf c. Schlumpf.)

---

67. *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893, Art. 80. Unzulässigkeit neuer Begehren vor Bundesgericht als Berufungsinstanz.*

Begehren, welche vor den kantonalen Instanzen nur eventuell gestellt werden, können vor Bundesgericht nicht prinzipiell gestellt werden, es sei denn, dass das frühere Prinzipalbegehren inzwischen materiell abgewiesen worden wäre, oder dass der Kläger darauf verzichtet hätte. (Entsch. vom **10.** April 1908 i. S. Sedlmayer c. Guhl & Cie.)

---

68. *Sperre. Kriterien für deren Widerrechtlichkeit. Art. 50 OR.*

Der Kläger K., Inhaber einer mechanischen Glaserei in Zürich, war Mitglied des Glasermeistervereins Zürich und Umgebung. Zwischen diesem und dem Beklagten war am 21. September 1905 ein Kollektiv-Arbeitsvertrag abgeschlossen worden, dessen Ziffer 9 lautet: „Allfällige Streitigkeiten und „Beschwerden werden durch eine, von beiden Parteien ge„wählte Kommission geschlichtet.“ Am 5. September 1906 beschwerte sich der im Geschäfte des Klägers seit längerer Zeit angestellte Arbeiter Denk beim Kläger über zwei dem beklagten Verein angehörende Nebenarbeiter, Körbel und Orasch, wonach der Kläger, ohne die Sache weiter zu untersuchen, diesen beiden mitteilte, dass er sie nicht weiter be-

schäftigen könne, dass er ihnen aber den Lohn für 15 Tage mit Ablauf der 14-tägigen Kündigung ausbezahle. Am folgenden Morgen erklärten zwei andere Arbeiter des Klägers und Mitglieder des beklagten Vereins, Sohns und Brauch, dem Kläger, dass sie nicht mehr neben Denk, der die Arbeiter hintereinander bringe und gegeneinander hetze, arbeiten wollten, und verlangten die sofortige Entlassung des Denk. Der Kläger gab ihnen den Bescheid, dass er bis jetzt noch keine Klagen über Denk erhalten habe; Denk sei ein guter Arbeiter, sei verheiratet und seit bald zwei Jahren im Geschäft, er könne ihn deshalb nicht plötzlich brotlos auf die Gasse setzen. Sohns und Brauch teilten diesen Bescheid den andern Arbeitern, die auf der Strasse warteten, mit und an diesem Tage — 6. September — setzten dann 16 Arbeiter des Klägers — sämtlich Mitglieder des beklagten Vereins — die Arbeit aus. Am Abend des 6. September fand dann eine Versammlung dieser 16 Arbeiter statt, in welcher folgendes, von sämtlichen 16 Arbeitern unterzeichnetes Schreiben an den Kläger aufgesetzt wurde: „Die gestern Abend stattgefundene Werkstättenversammlung „hat folgende Beschlüsse gefasst und sämtliche Unterzeichnete „Willens die Arbeit wieder aufzunehmen, falls dieselben be„rücksichtigt werden: I. dass Denk sofort entlassen wird, in„dem derselbe alle Arbeiter sowie Ihren Geschäftsführer Hänle „auf die schmählichste Art und Weise denunziert. Sollten Sie „nicht diesem Verlangen entsprechen können, gilt das als „Kündigung vom Samstag den 8. auf Samstag den 22. Sept. „II. Zweitens verlangen wir noch eine anständigere Behand„lung von seiten der Geschäftsführung." Als dieses Schriftstück dem Kläger am Morgen des 7. September von Sohns und Brauch überreicht wurde, erklärte der Kläger wiederum, er könne den Denk nicht entlassen und müsse diesen Gewaltstreich der Arbeiter abwarten. Die Arbeit wurde dann von den 16 Arbeitern bis zum 22. September wieder aufgenommen. In einem Inserat im „Tagesanzeiger" vom 8. September suchte der Kläger „nicht organisierte Arbeiter" „bei hohem Lohn und dauernder Arbeit". Am Abend des 8. September beschloss die Versammlung des beklagten Vereins, über den Kläger die Sperre zu verhängen. Der Sperrbeschluss wurde sofort im „Volksrecht" und in der „Glaserzeitung" — den zwei Publikationsorganen des Beklagten — publiziert; ferner durch Plakate bekannt gegeben und auch allen andern Arbeiterpartei-Organen mitgeteilt. Mit Schreiben vom 10. September 1906 hatte der Vorstand des Glasermeistervereins den Kläger, da der Glaserfachverein, gestützt auf § 9 des Arbeits-Vertrages,

die Schlichtung der in seinem Geschäfte ausgebrochenen Streitigkeiten durch eine Kommission wünsche, zu der Dienstag den 11. September stattfindenden Kommissionssitzung eingeladen. Der Kläger verweigerte jedoch mit Brief vom 11. September seine Teilnahme an der Einigungskommission.

Er trat in der Folge gegen den Fachverein der Glaser aus Art. 50 ff. OR klagend auf, mit der Begründung, die über ihn verhängte Sperre sei widerrechtlich und verpflichte die Beklagte zu Schadensersatz. Das Bundesgericht hat die Klage letztinstanzlich abgewiesen; die wesentliche Begründung lautet:

In seinen beiden neuesten Entscheiden, die es in Boykottstreitigkeiten zu fällen hatte — BGE **32** II No. 47, S. 360 ff.[1]), und **33** II No. 14, S. 106 ff. — ist das Bundesgericht von einem doppelten Gesichtspunkte aus an die Beantwortung der Frage der Widerrechtlichkeit herangetreten: es hat einmal untersucht, ob durch den Boykott ein Recht oder Rechtsgut des Boykottierten verletzt werde, und weiter, ob der Boykott in missbräuchlicher Ueberschreitung der Rechte und Freiheiten des Boykottierenden erfolgt sei oder ob er zur Wahrung berechtigter Interessen gedient habe. Auch die Widerrechtlichkeit der Sperre (die ja auch eine Art des Boykottes bildet) ist von den gleichen Gesichtspunkten aus zu betrachten.

a. Von jenem ersten Gesichtspunkte aus ist das Bundesgericht davon ausgegangen, es bestehe zwar einerseits ein Koalitionsrecht der Berufsgenossen, das an sich Boykott und Sperre als wirtschaftliches Kampfmittel als erlaubt erscheinen lässt, anderseits aber kollidiere mit diesem Recht (oder dieser Freiheit) ein auch in der Privatrechtsordnung anerkanntes Individualrecht des Gewerbetreibenden auf Achtung und Geltung im wirtschaftlichen Verkehr, in dem Sinne, dass sich der Gewerbetreibende einen Angriff, der auf Vernichtung seiner wirtschaftlichen Existenz hinausläuft, nicht brauche gefallen zu lassen, dass also ein Angriff, der geeignet ist, die wirtschaftliche Existenz des Betroffenen zu vernichten, eine Rechts- oder Rechtsgutsverletzung enthält und damit (objektiv) widerrechtlich ist. Es kann nun nicht als richtig anerkannt werden, dass die gegen den Kläger gerichtete Sperre diesen Zweck der Vernichtung der klägerischen wirtschaftlichen Existenz hatte und überhaupt geeignet war, diesen Zweck herbeizuführen. Wenn sich auch die Aufforderung des Beklagten an alle Arbeiter, die beim Kläger in Frage kommen konnten — Glaser, Schreiner, Maschinenmeister, Maschinen-

[1]) Revue **25** No. 3.

schlosser — richtete, an die nichtorganisierten wie an die organisierten (die betreffende Feststellung der Vorinstanz[1]) ist keinesfalls aktenwidrig), — so konnte sie doch ihrer ganzen Natur nach nicht etwas anderes sein als eine vorübergehende Massregel, die den Kläger wohl schädigen, aber seine wirtschaftliche Existenz nicht vernichten wollte. Sowohl die Veranlassung der Sperre — als welche miteinander die Differenzen wegen der Entlassung des Denk, die Weigerung des Klägers, sich dem Schiedsverfahren zu fügen, und das Inserat des Klägers, in dem er nicht organisierte Arbeiter suchte, aufgefasst werden können —, als auch die Durchführung der Sperre selbst lassen das deutlich erkennen. In letzterer Beziehung ist, in teilweiser Ergänzung und Berichtigung der vorinstanzlichen Feststellungen, aus den Akten folgendes hervorzuheben: Der Kläger beschäftigt laut Feststellung der I. Instanz durchschnittlich 30 Mann, während am 22. September nur die 16 Mitglieder des beklagten Vereins gemäss ihrer Kündigung austraten und nicht feststeht, dass der Kläger alle seine Arbeiter verloren habe. In der Klagebegründung hat er denn auch selber nur darauf abgestellt, dass schon der Austritt der 16 eine empfindliche Störung und Schädigung bedeutet habe; dass es weiter während der Monate September und Oktober 1906 ihm nicht möglich gewesen sei, einen einzigen in der Fensterfabrikation eingeübten Arbeiter einzustellen; dass er und seine Söhne den Bureau- und Aussendienst in den ersten drei Wochen fast ganz aufgeben und in den Werkstätten an den Maschinen arbeiten mussten, so dass die Geschäftsleitung schwer gelitten habe; erst Anfangs November (1906) habe er eine kleine Anzahl brauchbarer Leute einstellen resp. einlernen und damit den Betrieb wieder einigermassen aufnehmen können. Diese Klagebegründung zeigt selbst auf das deutlichste, nicht nur, dass die Störung und Schädigung nur eine vorübergehende war, sondern auch, dass sie ihrem ganzen Wesen nach nur eine solche sein konnte, dass also die Sperre nicht auf Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Klägers ausging. Wird die Widerrechtlichkeit an Hand des Eingriffes in dieses Rechtsgut bemessen, so fehlt sie demnach, weil ein solcher Eingriff nicht stattgefunden hat. Will man aber, den theoretischen und praktischen Bedenken gegen die Annahme eines derartigen Rechtsgutes (und eines solchen Individualrechtes) Rechnung tragend, die Widerrechtlichkeit nur danach beurteilen, ob das Recht des Beklagten zur Sperre

[1]) I. App.-K. des Obergerichts des Kantons Zürich.

deshalb in Unrecht umgeschlagen habe, weil es nicht darauf ausgehen dürfe, die wirtschaftliche Freiheit des Klägers zu vernichten, ihn wirtschaftlich zu töten, so führt auch dieser Standpunkt (von dem BGE **33** II S. 118 ff. Erw. 6 ausgeht) zur Verneinung der Widerrechtlichkeit, da eben eine derartige Rechtsüberschreitung nicht vorliegt.

b. Wollte man die Widerrechtlichkeit nicht nach diesem Gesichtspunkte beurteilen, sondern, in Ablehnung jenes Rechtes oder Rechtsgutes auf Achtung und Geltung im wirtschaftlichen Verkehr und der angedeuteten Schranken der Rechtsausübung, von der Argumention ausgehen, Sperre (wie Boykott) sei an sich nach der gegebenen wirtschaftlichen Ordnung erlaubt, und zwar auch dann, wenn sie auf Vernichtung der wirtschaftlichen Persönlichkeit des Gegners hinauslaufe, — so würde sich die Frage der Widerrechtlichkeit danach entscheiden, ob der Angreifer in Wahrung berechtigter Interessen gehandelt habe, und es wäre zu untersuchen, auf wessen Seite bei den Kämpfen, die zum betreffenden Kampfmittel Anlass gegeben haben, das Recht und wo das Unrecht liegt. (Vergl. BGE a. a. O. Erw. 6, i. f. AS S. 121.) Wesentlich von diesem Standpunkt aus — der freilich das Bedenken wachruft, dass der Richter sich damit mitten in die wirtschaftlichen Kämpfe stellt und zum Richter über Recht und Unrecht in diesen Kämpfen gesetzt wird, womit ein objektives Kriterium entfällt — haben die Vorinstanzen den vorliegenden Fall beurteilt, und für das Bundesgericht empfiehlt es sich, ihn ebenfalls von dieser Seite aus zu prüfen. Dabei ist vorauszuschicken, dass das Bundesgericht von dem kantonalrichterlich festgestellten Tatbestand auszugehen hat, also insbesondere davon, dass der Kläger seine Weigerung, sich auf das Schiedsverfahren einzulassen, schon vor dem Sperrbeschluss (telephonisch) ausgesprochen hat, so dass der Sperrbeschluss die Antwort auf diese Weigerung war. Der Vertreter des Klägers hat freilich heute diese Feststellung als aktenwidrig bezeichnet, allein mit Unrecht (was näher ausgeführt wird). Ist aber danach von jener Feststellung auszugehen, so erscheint es als logisch und psychologisch richtig, mit den Vorinstanzen wenigstens einen der Gründe der Sperrverhängung in jener Weigerung des Klägers zu erblicken. Werden nun die Ergebnisse unter Zugrundelegung der so vorinstanzlich festgestellten zeitlichen Reihenfolge rechtlich gewürdigt, so ergibt sich: Es mag dahingestellt bleiben, ob der Kläger mit der Entlassung der Arbeiter Orasch und Körbel auf Veranlassung Denks hin und ohne Untersuchung der vorgebrachten Beschwerden (wie die

II. Instanz verbindlich feststellt) durchaus korrekt gehandelt hat; jedenfalls beging er damit keine Vertragsverletzung, da die 14-tägige Kündigung nicht vertragswidrig war und die Arbeiter, denen der Lohn für 14 Tage ausbezahlt wurde, auch keinen Rechtsanspruch auf Weiterbeschäftigung im Betriebe des Klägers hatten. Auch dem Verlangen der 16 Arbeiter, den Denk zu entlassen, brauchte der Kläger keineswegs Folge zu geben, und die Arbeitsniederlegung am 6. September wie auch die Beschlussfassung von diesem Tage, betreffend Entlassung des Denk, müssen als unbegründet bezeichnet werden, während anderseits die Arbeiter mit ihrer eventuellen Kollektivkündigung (die sie ja gar nicht zu motivieren brauchten) ihrerseits durchaus keinen Vertragsbruch begingen. Ausschlaggebend ist dagegen, ob der Kläger verpflichtet war, sich auf das — vom beklagten Verein festgestelltermassen angerufene — Schiedsverfahren einzulassen. Es mag zunächst zweifelhaft erscheinen, ob die vorhandene Differenz (wegen der Entlassung des Denk) überhaupt unter die „Streitigkeiten und Beschwerden“ fallen, von denen Ziff. 9 des Kollektiv-Arbeitsvertrages spricht. Indessen sind die Parteien übereinstimmend von dieser Auffassung, die die Vorinstanzen ohne weiteres zu der ihrigen gemacht haben, ausgegangen, und es ist daher anzunehmen, dass nach dem Willen der Kontrahenten auch derartige Differenzen unter das Schiedsverfahren fallen. Die Weigerung des Klägers, sich auf das Schiedsverfahren einzulassen, beruht denn auch offenbar nicht sowohl darauf, dass er die Differenz als überhaupt nicht unter die Schiedsklausel fallend betrachtete, als vielmehr darauf, dass die Einleitung des Schiedsverfahrens nach seiner Meinung nichts nützen werde, da jeder Teil an seinem Standpunkt festhalten werde; das zeigt insbesondere die Antwort des Klägers an den Präsidenten des Glasermeistervereins, vom 11. September 1906, wie denn der Kläger überhaupt schon durch seinen Austritt aus diesem Verein bekundet hat, dass er dem Kollektiv-Arbeitsvertrag nicht mehr unterworfen sein wollte; ist auch dieser Austritt erst nach Verhängung der Sperre erfolgt, so steht er doch im Zusammenhang mit den voraufgegangenen Ereignissen und insbesondere wohl auch mit der Weigerung der Einlassung auf das Schiedsverfahren. Diese Einlassung war nun aber, wie die Vorinstanzen zutreffend ausführen, eine vertragliche Pflicht des Klägers, als Mitgliedes des Glasermeistervereins; durch seine Weigerung hat er sich ins Unrecht gesetzt, indem er einen Vertragsbruch begangen hat. Aus diesem Grunde kann denn die Sperre, die die Antwort

auf diesen Vertragsbruch war, nicht als widerrechtlich aufgefasst werden. Dazu kommt weiter, dass der Kläger durch Inserat vom 8. September 1906 selber nicht organisierte Arbeiter gesucht, also zu erkennen gegeben hatte, dass er mit den organisierten Arbeitern nichts mehr zu schaffen haben wollte; wenn nun auch diesem Inserat die (eventuelle) Kollektivkündigung der 16 Arbeiter vorausgegangen war, so musste es doch seinerseits hinwieder zu der Verhängung der Sperre mit beitragen, und auch aus diesem Grunde kann nicht gesagt werden, dass die Sperre, an der Gesamtheit der Umstände gemessen, unberechtigt und damit widerrechtlich gewesen sei. Das vom Beklagten im wirtschaftlichen Kampf gewählte Mittel: die Sperre war an sich nicht widerrechtlich; aber auch der Zweck, der verfolgt wurde: Innehaltung des Kollektiv-Arbeitsvertrages, war ein berechtigter. Alsdann aber war auch die Publikation der Sperre (abgesehen vom Artikel Meisters im „Volksrecht" vom 11. September 1906) in den Zeitungen und durch Plakate nichts widerrechtliches, da sie lediglich die Mitteilung von der Sperre enthielt. (BGE **25** II S. 803 E. 5.) (Entsch. vom 11. April 1908 i. S. Kiefer c. Fachverein der Glaser von Zürich und Umgebung.)

---

69. *Versprechen einer Konventionalstrafe für den Fall der Beleidigung des Konventionalstrafberechtigten. Gültigkeit?*

Im Laufe verschiedener Ehrverletzungsprozesse, die sie mit einander führten und die durch Vergleiche erledigt wurden, stipulierten die Parteien u. a. eine Konventionalstrafe von 2000 Fr. für den Fall, dass K. den D. wieder beleidigen sollte, wogegen sich D. verpflichtete, sich aller Angriffe auf K. zu enthalten. Als K. bald darauf wiederum ein beleidigendes Zirkular gegen D. versandte, klagte D. die Strafe ein. Das Bundesgericht hat (in Uebereinstimmung mit dem Zürcher Obergericht) die Klage gutgeheissen und dabei in grundsätzlicher Begründung ausgeführt:

(4.) Zur Begründung seines Standpunktes, wonach es sich um einen unsittlichen Vertrag handle, hat der Beklagte zunächst geltend gemacht, der aus dem Vertrage Berechtigte ziehe „sozusagen einen Profit" aus dem rechtswidrigen Verhalten seines Vertragsgegners; er verhandle seine Ehre wie irgend eine Ware; dieselbe sei tarifiert und die Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles sei ausgeschlossen.

Demgegenüber ist zu bemerken, dass auch bei der Anwendung von Art. 55 OR in Fällen, wo über die Höhe der

Entschädigung keine Vereinbarung vorliegt, der Richter in die Notwendigkeit versetzt wird, zur Ausgleichung der privatrechtlichen Folgen einer Ehrverletzung eine bestimmte Geldsumme zuzusprechen. Eine derartige Ausgleichung ist somit jedenfalls nicht bundesrechtswidrig. Der einzig praktische Unterschied zwischen dem vorliegenden Falle und den Fällen, in welchen Art. 55 OR zur Anwendung gelangt, besteht darin, dass im vorliegenden Falle die Parteien die sonst vom Richter abzuschätzende „angemessene Geldsumme“ im voraus festgesetzt haben. Wenn auch der Richter an diese Festsetzung nicht gebunden ist, sondern im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsklägers die Umstände des konkreten Falles berücksichtigen darf, weshalb von einer „Tarifierung“ der Ehre nicht gesprochen werden kann, so liefert ihm jene Vereinbarung doch einen wertvollen Anhaltspunkt über die Bedeutung, welche die Parteien selber den Folgen der Ehrverletzung beigemessen haben. Es ist daher nicht einzusehen, weshalb es den Parteien nicht gestattet sein sollte, eine solche Vereinbarung über die Höhe der Entschädigung im voraus zu treffen, so gut es denselben ja zweifellos anheim gestellt ist, im Laufe eines durch Klage aus Art. 55 OR eingeleiteten Prozesses über die Höhe der Entschädigung einen Vergleich abzuschliessen.

(5.) Wenn der Beklagte ferner ausführt, durch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe für den Fall der Verletzung der Ehre des einen Kontrahenten durch den andern werde eine Art „Privatjustiz“ geschaffen, welche neben dem öffentlichen Strafrecht nicht geduldet werden dürfe, so begeht er damit eine Verwechslung zwischen den strafrechtlichen und den civilrechtlichen Folgen unerlaubter Handlungen. Diese Folgen sind auseinanderzuhalten: während die Strafe als solche dem Strafrechte untersteht und daher der Parteidisposition grundsätzlich entzogen ist, handelt es sich bei der vorliegenden Vereinbarung lediglich um die zivilrechtlichen Folgen der Ehrverletzung. So wenig durch die Anhebung einer auf Art. 55 OR gegründeten Klage die Anwendung der Normen des Strafrechtes ausgeschlossen wird, so wenig wird in einem Falle wie dem vorliegenden auf die Anwendung dieser Normen verzichtet. Es wird also nicht die Strafjustiz durch eine Art Privatjustiz ersetzt, sondern es wird einfach das schon von Gesetzeswegen neben der strafrechtlichen Verfolgung bestehende Recht auf Entschädigung in quantitativer Hinsicht normiert.

(6.) Der Beklagte vertritt sodann den Standpunkt, als zum voraus vereinbarte Genugtuungssumme sei die Kon-

ventionalstrafe deshalb ungültig, weil sie ihrer Natur nach mit dem aus der Nichterfüllung eines Vertrages etwa erwachsenden Schaden in keinem Zusammenhang stehe, sondern lediglich Zwangsmittel sei. Dieser Satz ist nun aber, in seiner Allgemeinheit wenigstens, nicht richtig. Die Vereinbarung einer Konventionalstrafe hat allerdings auch den Zweck, den Schuldner zur Erfüllung seiner Verpflichtung anzuspornen; in erster Linie ist sie aber doch dazu bestimmt, den wahrscheinlicher- oder möglicherweise aus der Nichterfüllung entstehenden Schaden zu decken und dem Gläubiger den ziffermässigen Nachweis dieses Schadens zu ersparen. Richtig ist, dass die Konventionalstrafe ihrer Natur nach in erster Linie dazu bestimmt ist, die Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung zu sichern bezw. bei Nichterfüllung derselben dem Gläubiger Ersatz zu bieten, während es sich im vorliegenden Falle um die Erfüllung bezw. Nichterfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung handelt. Allein es ist nicht einzusehen, warum es unzulässig sein sollte, sich zu einer schon von Gesetzes wegen gebotenen Handlung oder Unterlassung auch noch vertraglich zu verpflichten und die Erfüllung dieser vertraglichen Verpflichtung durch das Versprechen einer Konventionalstrafe sicherzustellen bezw. die Höhe des bei Nichterfüllung jener vertraglichen Verpflichtung zu bezahlenden Schadenersatzes im voraus festzusetzen. Dadurch wird der Wille des Einzelnen nicht etwa in einer Richtung, in welcher er nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen frei sein soll, gebunden, sondern es wird lediglich ein schon von der Rechtsordnung auf denselben ausgeübter, also gesetzlicher und daher jedenfalls nicht unsittlicher, Druck verstärkt. (Entsch. vom 7. März 1908 i. S. K. c. D.)

---

70. *Konventionalstrafe für ein Konkurrenzverbot bei Dienstvertrag.*

Aus den Gründen: Der Beklagte erhebt den Einwand, es könne die Konventionalstrafe im vorliegenden Falle deshalb nicht gefordert werden, weil die Kündigung von der Klägerin ausgegangen sei.

Demgegenüber ist zu bemerken, dass das geltende schweizerische OR eine Bestimmung wie diejenige von § 75 Abs. 1 Satz 2 des revidierten deutschen Handelsgesetzbuches (vergl. auch Art. 1402 Abs. 2 des bundesrätlichen Entwurfes betreffend Ergänzung des schweizerischen ZGB durch Anfügung des OR, vom 3. März 1905) nicht kennt, so dass es sich also hier, von

den Fällen eigentlich dolosen Verhaltens der einen oder andern Partei (z. B. Austritt des Angestellten zum Zwecke der Betätigung in einem Konkurrenzgeschäft oder, umgekehrt, Ausnutzung der Situation durch den Prinzipal) abgesehen, wesentlich nur um eine Frage der Interpretation des Parteiwillens handelt. Im vorliegenden Falle kann aber in dieser Beziehung ein Zweifel nicht obwalten, da der Vertrag ausdrücklich bestimmt, es gelte das Konkurrenzverbot, „welches auch der Grund der Auflösung des Vertrages sein möge“. Es ist also die Konventionalstrafe als grundsätzlich verfallen zu betrachten. (Entsch. vom 21. März 1908 i. S. Schöneberger c. Haasenstein & Vogler.)

---

71. *Werkvertrag; Erlöschen. Art. 371 OR. Uebergang des mit einer Kommanditgesellschaft abgeschlossenen Werkvertrags auf eine neue Kommanditgesellschaft mit anderm Kommanditär, in Rechten und Pflichten. Prüfung, ob der Werkvertrag nur mit Rücksicht auf die Person des früheren Kommanditärs eingegangen war.*

Das Elektrizitätswerk Luzern-Engelberg A.-G. hatte der Kommanditgesellschaft Gossweiler & Cie die elektrische Ausrüstung der Gittermasten für ihre Hochspannungsleitung übertragen. Jene Gesellschaft bestand damals aus G. Gossweiler als unbeschränkt haftendem Gesellschafter und Ingenieur-Elektrotechniker F. Maag als Kommanditär mit einer Einlage von 2000 Fr.; Maag war zugleich Prokurist der Gesellschaft. Iu der Folge, noch vor Inangriffnahme des Werkes, trat Maag ans der Gesellschaft aus; an seine Stelle trat Witwe Gossweiler mit einer Kommandite von ebenfalls 2000 Fr. Das Elektrizitätswerk Luzern-Engelberg leitete aus diesem Vorgange das Recht zum Rücktritt vom Vertrage her; es übergab die Arbeit an Maag. Daraufhin wurde es von der neuen Gesellschaft Gossweiler & Cie und G. Gossweiler persönlich auf Schadensersatz belangt. Gleich dem Obergerichte des Kantons Luzern hat das Bundesgericht die Klage teilweise gutgeheissen und dabei in grundsätzlicher Beziehung ausgeführt:

(3.) In grundsätzlicher Beziehung hängt die Entscheidung des Rechtsstreites davon ab, ob der Beklagten, wie sie vor dem Prozesse geltend gemacht hat und im Prozesse geltend macht, Gründe zum Rücktritt von dem mit ihrer Vertragskontrahentin, Gustav Gossweiler & Cie (früheren Gesellschaft), abgeschlossenen Werkvertrag zur Seite stehen. Die sogen. Frage der Aktivlegitimation, die von der Beklagten aufge-

worfen worden ist, fällt insofern mit der eben aufgestellten entscheidenden Frage zusammen, als die Beklagte sich auf den Standpunkt stellt, der Werkvertrag habe nicht auf die Kläger (Gustav Gossweiler persönlich und die neue Gesellschaft Gossweiler & Cie) übergehen können, die Kläger seien daher auch nicht berechtigt, aus diesem Werkvertrag auf Schadensersatz zu klagen.

(4.) Für die eben aufgeworfene Frage der sogen. Aktivlegitimation fällt vorab in Betracht, welche Bedeutung der Aenderung des Rechtssubjektes, mit dem die Beklagte kontrahiert hatte, zukommt. Vom ökonomischen Standpunkt aus hat die Aenderung des Rechtssubjektes für die Beklagte zweifellos keine Benachteiligung bedeutet. Dagegen vertritt die Beklagte den Standpunkt, es habe sich um unübertragbare Verbindlichkeiten gehandelt, d. h. die Unternehmerin, Gossweiler & Cie, habe ohne Zustimmung der Beklagten ihre Verbindlichkeiten nicht auf einen andern übertragen dürfen; die Unternehmerin selber aber sei durch ihr Erlöschen in die Unmöglichkeit, den Vertrag zu erfüllen, versetzt worden. Es handelt sich hiebei nicht sowohl um eine Schuldübernahme (die Uebernahme einer fremden Schuld — der alten Gesellschaft Gossweiler & Cie — durch die neue Gesellschaft), als um eine Succession in das Rechtsverhältnis mit dessen Rechten und Verbindlichkeiten, unter Untergang des ursprünglichen Vertragskontrahenten. Von Wichtigkeit ist hiebei, dass der Werkvertrag ein zweiseitiges Rechtsgeschäft ist, aus dem also jeder Partei Rechte und Verbindlichkeiten, die mit den Verbindlichkeiten und Rechten der Gegenpartei korrespondieren, erwachsen. Nun kann die Forderung des Unternehmers zweifellos übertragen werden, jedoch nur behaftet mit der entsprechenden Verpflichtung, d. h. es steht dem Besteller bei Geltendmachung der Werklohnforderung des Zessionars die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu, je nachdem aus der Person des Zedenten oder aus derjenigen des Zessionars. Allein im vorliegenden Falle ist für diese Einrede kein Platz; denn die Rechtsnachfolgerin der Unternehmerin hat ja ausdrücklich ihre Erfüllungsbereitschaft erklärt. Der Standpunkt der Beklagten könnte daher nur dann geschützt werden, wenn es sich bei den Verpflichtungen des Unternehmers im vorliegenden Falle um Verbindlichkeiten handeln würde, die überhaupt nicht übertragbar wären. Davon kann jedoch keine Rede sein. Für die Erstellung der Hochspannungsleitung war die neue Gesellschaft Gossweiler & Cie ein gerade so guter Schuldner wie die alte Gesellschaft, abgesehen von der unten

zu erörternden Frage der Beteiligung des Maag. Uebrigens hätte die Beklagte auch abwarten sollen, ob nicht die neue Gesellschaft in der Lage gewesen wäre, das Anstellungsverhältnis mit Maag weiter zu führen, da ihr Standpunkt, der dahin geht, der Vertrag sei mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des Maag abgeschlossen worden, in dem Sinne zu verstehen ist, dass es ihr auf die Beteiligung des Maag als Bauleiters, nicht als Kommanditärs, ankam, und nun diese Tätigkeit auf seinem Anstellungsverhältnis beruhte. Jedenfalls kann nicht gesagt werden, dass die Ausführung des Werkes unübertragbar war. Aus Art. 371 OR ist im Gegenteil als allgemeiner Grundsatz zu folgern, dass die Verbindlichkeiten des Unternehmers auf einen Rechtsnachfolger übergehen, wie denn auch, gemäss Art. 211 SchKG, die Konkursverwaltung in die Verbindlichkeiten des Unternehmers eintreten kann. Von diesem Gesichtspunkte aus konnte daher die Beklagte den Rücktritt vom Vertrage nicht erklären; anders ausgedrückt, der Vertrag war durch den Untergang der alten Gesellschaft Gossweiler & Cie nicht aufgehoben, gegenteils war die neue Gesellschaft in die Rechte und Verbindlichkeiten der alten getreten; daraus folgt dann aber auch, dass ihr die Aktivlegitimation zur Geltendmachung der Schadensersatzklage zusteht. Die Beklagte wendet freilich ein, die Kläger könnten diese Schadensersatzforderung höchstenfalls als Liquidatoren der alten Gesellschaft einklagen, in dieser Eigenschaft träten nun aber die Kläger nicht auf. Hiegegen ist zu bemerken: Dadurch, dass Gossweiler persönlich und dann Gossweiler & Cie an Stelle der alten Gesellschaft getreten sind, mit Uebernahme der Aktiven und Passiven der alten Gesellschaft, ist eine Liquidation der alten Gesellschaft überhaupt überflüssig geworden, und das Verhältnis liegt ganz gleich, wie wenn liquidiert worden wäre.

(5.) Zu erörtern bleibt demnach in grundsätzlicher Beziehung noch der andere Standpunkt der Beklagten, der darin besteht, sie habe den Werkvertrag einzig mit Rücksicht auf die Person des Maag eingegangen. Bei der Frage, ob das Ausscheiden Maags einen Grund zum Rücktritt vom Vertrage habe bilden können, kann vorerst Art. 371 OR (den die Beklagte anruft) nicht direkt herangezogen werden; denn weder war Maag nach Werkvertrag der Unternehmer, noch war das Werk bereits vollendet. Dagegen ist immerhin der Grundsatz, der sich in Art. 371 OR findet, sinngemäss auf den vorliegenden Fall anzuwenden. In dieser Beziehung ist zunächst von der Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich festge-

stellt, dass eine ausdrückliche Erklärung der Beklagten an Maag und von diesem an Gossweiler, oder der Beklagten an Gossweiler direkt, sie mache die Existenz des Vertrages von der Beteiligung des Maag abhängig, nicht stattgefunden hat.... Des weitern fallen, falls nicht schon der Mangel einer ausdrücklichen Vertragsbedingung betreffend Beteiligung des Maag als ausschlaggebend angesehen werden wollte, noch folgende Feststellungen der Vorinstanz in Betracht, die sämtlich nicht aktenwidrig sind: dass der Kläger Gustav Gossweiler schon Jahre lang vor Eintritt Maags in die Gesellschaft Arbeiten gleicher Art zur vollen Zufriedenheit der Besteller besorgt und grosse Unternehmungen ausgeführt hat; dass Gossweiler zwar nicht — im Gegensatz zu Maag — geschulter Techniker ist, dass aber technische Schulung zur Erstellung der fraglichen Leitungsanlage nicht absolut erforderlich war, sondern dass gute praktische Fachkenntnisse genügten, worüber Gossweiler nach seinen bisherigen Leistungen in vollauf hinreichendem Masse verfügt; dass endlich Gossweiler ausser Maag noch andere technisch geschulte Hilfskräfte im Geschäft hatte, so dass dieses nach dem Austritt Maags gleichwohl noch imstande war, die betreffende Arbeit zu besorgen, indem die Schwierigkeiten nicht wesentlich grössere waren, als bei andern von Gossweiler ausgeführten Unternehmungen. Alle diese für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen zeigen zur Genüge, dass Gossweiler & Cie an sich nicht annehmen konnten, die Beklagte gehe den Vertrag nur mit Rücksicht auf die Beteiligung des Maag ein, und dass daher die Beklagte, falls sie das zur Vertragsbedingung machen wollte, das der Gesellschaft ausdrücklich hätte erklären müssen; dass das aber geschehen sei, muss, nach der verbindlichen negativen Feststellung der Vorinstanz, als ausgeschlossen gelten.

(6.) Diese Ausführungen ergeben die grundsätzliche Gutheissung der Klage, wobei jedoch als berechtigte Klägerin nur die (neue) Gesellschaft Gossweiler & Cie angesehen werden kann. (Entsch. vom 1. Mai 1908 i. S. Elektrizitätswerk Luzern-Engelberg A.-G. c. Gossweiler und Gossweiler & Cie.)

---

72. *Ehescheidung. Verwirkung der Ehescheidung wegen Ehebruchs, Ablauf der Klagefrist; Einfluss einer Strafklage wegen Ehebruchs. Art. 46 lit. a B.-Ges. über Civilstand und Ehe, vom 24. Dezember 1874. Die Strafklage unterbricht die Klagefrist nicht.*

Ende Dezember 1905 erhob B. gegen seine Ehefrau Strafklage wegen Ehebruchs; das Strafverfahren endigte am 8. Mai 1906 mit der Schuldigerklärung und Bestrafung der Angeklagten durch das Obergericht. Am 10. November 1906 reichte sodann B. Scheidungsklage ein, wobei er u. a. auch Art. 46 lit. a ZEG anrief. Entgegen der Auffassung der kantonalen (luzernischen) Instanzen hat das Bundesgericht die Anwendbarkeit dieser Bestimmung verneint, mit der Begründung:

Art. 46 lit. a ZEG schreibt vor, dass die Ehe „auf Begehren eines der Ehegatten" wegen Ehebruchs getrennt werden muss, „sofern nicht mehr als sechs Monate verflossen sind, „seitdem der beleidigte Teil davon Kenntnis erhielt" (so auch § 1571 des deutschen BGB und Art. 137 des neuen schweiz. ZGB). Aus der Tatsache der Einreichung seiner Strafklage aber ergibt sich ohne weiteres und ist übrigens nicht bestritten, dass der Kläger bereits Ende Dezember 1905 — somit mehr als sechs Monate vor der am 10. November 1906 erfolgten gerichtlichen Anhebung des Scheidungsbegehrens — vom geltend gemachten Ehebruche der Beklagten Kenntnis hatte. Nun wendet der Kläger allerdings ein, und der kantonale Richter ist ihm hierin beigetreten, dass die gesetzliche Scheidungsklagefrist durch die Anhebung der Strafklage wegen Ehebruchs unterbrochen worden sei, dass sie erst mit dem Abschluss des Strafprozesses — mit der Zustellung des obergerichtlichen Strafurteils, am 15. Juni 1906 — wieder zu laufen begonnen habe und deshalb mit der vorliegenden Klage eingehalten sei. Allein diese Argumentation ist weder mit dem Wortlaute, noch mit dem Sinn und Zweck des Gesetzes vereinbar. Die Frist des Art. 46 lit. a ZEG bezieht sich unzweifelhaft nur auf die bundesrechtliche Scheidungsklage selbst, denn mit dieser allein kann, gemäss Art. 43 des Gesetzes, das Begehren des durch den Ehebruch verletzten Ehegatten um Trennung der Ehe geltend gemacht werden, und für irgendwelche Beeinflussung der Frist durch ein wegen des Ehebruchs kantonalrechtlich gegebenes Strafverfahren bietet der Gesetzestext keinerlei Anhaltspunkt. Das Motiv, worauf das Obergericht zur Begründung seiner abweichenden Gesetzesauslegung abstellt, dass nämlich der Ansetzung jener Klagefrist offenbar die Absicht des Gesetzgebers zu Grunde liege, für den Fall ihrer Nichtbeachtung im Interesse des Fortbestandes des ehelichen Verhältnisses eine Vermutung der Verzeihung des Ehebruchs zu schaffen, welche durch das ihr widersprechende Verhalten der Einleitung und Durchführung des Strafverfahrens mit der Wirkung der Unterbrechung des Fristenlaufs entkräftet

werde, geht zudem auch sachlich fehl. Denn die vorbehaltlose Befristung des fraglichen Scheidungsanspruchs rechtfertigt sich aus der legislativpolitischen Erwägung, dass bei der Einfachheit der Scheidung auf Grund des blossen Nachweises des Ehebruchs eine absolute Beschränkung der Zulassung derselben auf eine bestimmte, verhältnismässig kurze Zeit als geboten erscheint, derart, dass der Fortbestand der Ehe lediglich zufolge der objektiven Tatsache des Ehebruchs eines der Gatten als solcher unter keinen Umständen länger, als während der gesetzten Klagefrist, gefährdet sein soll. Die Zulässigkeit einer Erstreckung dieser Frist aus dem subjektiven Grunde der mangelnden Verzeihung, speziell im Falle der Anhebung und Verfolgung eines Strafverfahrens wegen Ehebruchs seitens des verletzten Ehegatten, wie die obergerichtliche Gesetzesauslegung sie zur Folge hätte, müsste im Gesetze ausdrücklich vorgesehen sein. Sie darf um so weniger vermutet werden, als danach, angesichts der verschiedenen strafrechtlichen und auch strafprozessualen Behandlung des Ehebruchs in den Kantonen (vergl. Stooss, Grundzüge des schweiz. Strafrechts, II S. 272 ff.), die Einheit der bundesrechtlichen Scheidungsnorm des Art. 46 lit. a ZEG durchaus illusorisch wäre. Uebrigens dürfte die Durchführung eines Strafprozesses wegen Ehebruchs vor erfolgter Scheidung der Ehe aus diesem Gesichtspunkte dem Wesen des ehelichen Verhältnisses überhaupt nicht gerecht werden, wie denn auch die Gesetzgebungen mehrerer Kantone, gleich dem deutschen RSt-GB (Art. 172), das Gegenteil, d. h. die Erwirkung der Ehescheidung als Voraussetzung des Strafklagerechts, ausdrücklich vorschreiben (vergl. Stooss, a. a. O., S. 274 f. und 277). (Entsch. vom 29. Februar 1908 i. S. B. c. B.)

---

73. *Klage gegen die Eidgenossenschaft (Postverwaltung) auf Ersatz eines von einem Dritten gestohlenen Wertbriefes. „Verlust" von Postgegenständen (Art. 25 Postregalgesetz): auch der Diebstahl fällt darunter. — Gehörige Erfüllung des Posttransportvertrages: Ablieferung an den Empfangsberechtigten? — Dienstinstruktion für das Bestellpersonal der schweizerischen Postverwaltung vom 15. August 1897, Art. 45: Ungültigkeit, soweit ie Rechtssätze enthält, weil sie von inkompetenter Stelle ausgeht nd eine Abänderung der Posttransportordnung enthält. — Kriteien für ein „Stellvertretungsverhältnis" im Sinne des Art. 24 'osttransportordnung vom 3. Dezember 1894.*

Kompetenz des Bundesgerichtes als Zivilgerichtshofes einziger nstanz; Bundesgesetz über Organisation der Bundesrechtspflege,

vom 22. März 1893, Art. 48 ff.: „zivilrechtliche Streitigkeit, Art. 36 lit. a Bundesgesetz über das Postregal, vom 5. April, 1894.

Der Kläger B. betrieb seit dem Monat Mai 1906 in Eschenbach, Kanton St. Gallen, eine Käserei und hatte auch eine Wohnung daselbst. Am 2. August 1906, ca. 10 Uhr vormittags, als der Kläger (seit 1. August 1906) von Eschenbach abwesend war, brachte der Briefträger Al. Br. einen von Oswald Roth. Käsehändler in Uster, an „J. Brunner" adressierten, mit 4000 Franken deklarierten Wertbrief in die Milchhütte. Er übergab den Brief dem in der Milchhütte anwesenden, am 24. Juli 1889 geborenen Sohne des Klägers, der den Empfang im Bestellbuch mit „für Brunner J. J. Brunner Sohn" bescheinigte. Brunner Sohn legte den Wertbrief uneröffnet in einen verschliessbaren Wandschrank der Milchhütte, und zwar vor den Augen des Knechtes Eggmann; er verschloss den Kasten nicht. Als Brunner Sohn im Laufe des Nachmittags den Wertbrief aus dem Kasten holen wollte, fand sich dieser nicht vor, und auch der Knecht Eggmann war verschwunden. Die Parteien sind darüber einig, dass der Knecht Eggmann den Wertbrief gestohlen hat.

Gestützt auf diesen Tatbestand und die Weigerung der Postverwaltung, ihm den Verlust zu ersetzen, erhob J. Brunner Vater gegen die Eidgenossenschaft Klage auf Bezahlung von 4000 Franken. Das Bundesgericht hat die Klage abgewiesen. Die Begründung geht dahin:

1. Die Kompetenz des Bundesgerichts als einziger Instanz ist sowohl gemäss Art. 48 Ziff. 2 OG, als auch gemäss Art. 36 lit. a PRG [Abkürzung für: Postregal-Gesetz] gegeben. Der für die bundesgerichtliche Kompetenz erforderliche Streitwert ist offenbar vorhanden; es handelt sich aber auch um eine zivilrechtliche Streitigkeit im Sinne des Art. 48 OG. Zwar ist in der Doktrin bestritten, ob das Rechtsverhältnis zwischen der Postverwaltung und den sie benutzenden Privaten zivilrechtlicher Natur sei und ob das insbesondere auf die Haftpflichtansprüche der Privaten an die Postverwaltung zutreffe. Indessen hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung von jeher die Ansprüche vermögensrechtlicher Natur von Privaten an staatliche Anstalten als zivilrechtliche Streitigkeiten betrachtet, und dadurch, dass das PRG die Kompetenz des Bundesgerichts aufgestellt hat, gibt es zu erkennen, dass es ebenfalls diese Streitigkeiten als Zivilrechtsstreitigkeiten ansieht oder sie doch als solche behandelt wissen will. Ganz abgesehen von jener Kontroverse ist demnach die Kompetenz des Bundesgerichts als vorhanden anzunehmen.

2. Mit der Klage macht der Kläger die nicht gehörige Erfüllung eines Postfrachtvertrages durch die Beklagte geltend. Gemäss Art. 466 OR kommt hiefür die Spezialgesetzgebung ausschliesslich zur Anwendung, also das PRG (vom 5. April 1894) und die in dessen Ausführung erlassenen Normen. Nach dem PRG nun haftet die Post — Art. 25 lit. c — beim Verlust von Fahrpoststücken mit Wertangabe für den Betrag der Wertdeklaration, und sie kann sich von dieser Entschädigungspflicht nur durch den Nachweis der in Art. 30 eod. normierten Umstände befreien, von denen hier nur in Betracht kommt lit. b, verbis: „wenn die Post nachweist, dass weder sie, noch die „von ihr mit der Spedition beauftragte Transportanstalt den „Schaden verschuldet hat". Dass in der Entwendung des Postwertgegenstandes ein „Verlust" im Sinne des Art. 25 PRG liegt, ist von der Beklagten mit Recht nicht bestritten, da unter „Verlust" „nicht nur das Verlieren im engsten Sinne des „Wortes, sondern jedes Abhandenkommen zu verstehen" ist, möge es nun „durch Verlieren im engern Sinne oder durch „Ablieferung an eine zum Empfange nicht berechtigte Person „oder durch Entwendung seitens eines Postbeamten oder eines „Dritten herbeigeführt werden" (BGE **12** S. 472 f. E. 3). Des weitern ist auch die Legitimation des Klägers gegeben, indem er vom Absender zur Geltendmachung der Forderung bevollmächtigt ist (vergl. Art. 34 PRG).

3. Ist sonach die den Prozess beherrschende Rechtsfrage die, ob die Ablieferung an den Sohn Brunner eine gehörige Erfüllung des Transportvertrages durch die Postverwaltung war, so hat der Vertreter des Klägers heute mit Recht den Standpunkt fallen gelassen, die Ablieferung an den Sohn habe schon deshalb nicht erfolgen dürfen, weil in Eschenbach zwei „J. Brunner" existierten, und das Poststück hätte aus diesem Grunde zur Vervollständigung der Adresse zurückgehen sollen. Sonach fragt es sich nur, ob der Sohn Brunner als empfangsberechtigt gelten durfte.

4. Zum Nachweis dafür, dass sie den Transportvertrag richtig erfüllt habe, ruft die Beklagte vor allem Ziff. 45 der „Dienstinstruktion für das Bestellpersonal der schweizerischen Postverwaltung", vom 15. August 1897, an, welche lautet:

„Die eingeschriebenen Gegenstände dürfen nur dem „Adressaten oder dem von ihm schriftlich bezeichneten Stell- „vertreter oder Bevollmächtigten oder einem erwachsenen, im „gleichen Haushalte lebenden Familienmitglied und nur gegen „sofortige Quittung ausgehändigt werden . . . . .

„Die eingeschriebenen Gegenstände sind überall ins Domizil zu bestellen."

Die Beklagte macht geltend, der Sohn Brunner sei ein „erwachsenes“ Familienglied im Sinne dieser Bestimmung. Demgegenüber hat der Kläger, insbesondere im heutigen Vortrage, die Gültigkeit dieser Dienstinstruktion, soweit sie mehr als eine Anweisung an die Postbeamten und -angestellten enthalte, bestritten, indem sie eine unzulässige Abänderung des PRG darstelle und von inkompetenter Stelle ausgegangen sei. Es empfiehlt sich, in erster Linie die Frage der Gesetzmässigkeit dieser Instruktion und ihre Tragweite zu prüfen. In der Prüfung dieser Frage ist das Bundesgericht als Zivilgericht erster und letzter Instanz durchaus frei, da nach allgemeinem Rechtsgrundsatz die Kompetenz für die Sache selbst auch die Kompetenz für die Entscheidung präjudizieller Vorfragen mit sich bringt und die Schranke des Art. 113 Schlussabsatz BV (Art. 175 Schlussabsatz OG) hier nicht zutrifft. (Vergl. auch BGE **22** S. 629; ferner **26** II S. 516 f. E. 3, und Affolter, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, S. 146 Anm. 6; Th. Guhl, Bundesgesetz, Bundesbeschluss und Verordnung, S. 105 f.) Das PRG selbst nun enthält keine Bestimmung über die Ablieferungsberechtigten; dagegen ermächtigt es in Art. 13 den Bundesrat zum Erlass der näheren Bedingungen über die Beförderung von Personen und Sachen in der PTO [= Posttransportordnung]. Die PTO enthält bezügliche Bestimmungen hinsichtlich eingeschriebener Sendungen in Art. 24 Ziff. 1: darnach erfolgt die Aushändigung (rekommandierter Briefpostgegenstände sowie) der Fahrpoststücke an den Adressaten oder seinen „Stellvertreter.“ Demgegenüber enthält Ziff. 45 der zitierten Dienstinstruktion zweifellos eine Abänderung, insoweit sie als empfangsberechtigt weiter erklärt jedes erwachsene mit dem Adressaten im gleichen Haushalt lebende Familienglied. Die Frage, inwieweit die Post ihre aus ihrer (vertraglichen oder gesetzlichen) Stellung fliessenden Pflichten ordnungsgemäss erfüllen könne, wird dadurch anders entschieden als in der PTO; es findet dadurch eine Abschwächung der dem Publikum gegebenen Garantien statt, somit eine Abänderung der — vom Bundesrat infolge Delegation durch den Gesetzgeber erlassenen und also einem Gesetze selbst gleichkommenden — PTO. Diese Instruktion ist offenbar von der Oberpostdirektion erlassen und, wie die Beklagte selbst anführt lediglich im Postamtsblatt publiziert worden. Zum Erlass einer Rechtsverordnung — und um eine solche handelt es sich im fraglichen Punkte nach dem Gesagten — ist nun aber weder die Oberpostdirektion, noch das Postdepartement befugt, wie sich aus dem Bundesgesetz über die Organisation der

Postverwaltung, vom 25. Mai 1849 (AS der Bundesgesetze 1 S. 104 ff.; Wolf, Bundesgesetzgebung 1 S. 159 ff.), ergibt. Denn nach Art. 2 l. c. ist oberste vollziehende und leitende Behörde (im Postwesen) der Bundesrat; „alle das Postwesen „betreffenden Massregeln und Verfügungen gehen von ihm aus, „soweit sie nicht von ihm an untergeordnete Beamte über„tragen werden“. Die unmittelbare Oberaufsicht sodann steht dem Postdepartement zu (Art. 7), das Vorschlags- und Begutachtungsgewalt hat und für die Vollziehung der das Postwesen betreffenden Gesetze und Verfügungen zu sorgen hat. Nach der Verordnung über den Geschäftsgang der eidgenössischen Postverwaltung, vom 26. November 1878, steht — Art. 2 Ziff. 3 — „Erlass, Abänderung oder Aufhebung der allgemein „gültigen Transportbedingungen (Transportordnung)“ dem Bundesrat zu; das Postdepartement ist hiefür nur vorbereitende, begutachtende und antragstellende Behörde (Art. 3), und die Oberpostdirektion (vergl. Art. 4) hat hiefür keine Kompetenzen. Es ist aber auch nicht behauptet, dass der Bundesrat die Dienstinstruktion, in Ausübung des ihm in Art. 13 PRG verliehenen Rechts zum Erlass der Transportbedingungen, genehmigt hätte. Soweit sich daher die allegierte Dienstinstruktion nicht als blosse Verwaltungsvorschrift, Anweisung an die Beamten und Angestellten, darstellt, sondern die Beziehungen zwischen Post und Publikum, insbesondere die Transportbedingungen und die Frage der Erfüllung des Transportvertrages, regelt, enthält sie Rechtssätze, und sie kann somit, weil nicht vom hiezu staatsrechtlich kompetenten Organ erlassen, nicht als gesetzmässig und rechtsgültig anerkannt werden; das ist aber, nach dem Gesagten, der Fall mit der Bestimmung der Ziffer 45, auf die sich die Beklagte beruft. Es kann auch nicht dahin argumentiert werden, das Publikum unterwerfe sich beim Abschluss des Transportvertrages stillschweigend den „von der Post“ aufgestellten Bedingungen: Voraussetzung dieser Unterwerfung wäre eben immer doch, dass die Bedingungen rechtsgültig, von der kompetenten Behörde, ausgingen.

5. Entfällt sonach die Frage, ob der Sohn des Klägers als „erwachsenes Familienglied“ angesehen werden könne, so ist lediglich noch zu prüfen, ob er als „Stellvertreter“ des Klägers, im Sinne des Art. 24 PTO, zu betrachten sei und ob aus diesem Grund die Ablieferung an ihn eine gehörige Erfüllung des Transportvertrages bedeute. Was unter „Stellvertreter“ zu verstehen ist, muss sich im allgemeinen, mangels abweichender Bestimmungen in der Spezialgesetzgebung, nach

dem gemeinen Recht bestimmen, wobei jedoch die besondern Verhältnisse der Post, wie insbesondere das Briefgeheimnis, mit zu berücksichtigen sind: danach kann der gesetzliche Vertreter nicht ohne weiteres und schlechthin als empfangsberechtigt angesehen werden für Sendungen an den Vertretenen; ferner ist es nicht notwendig, dass der Vertreter selbst handlungsfähig sei; vielmehr kann der Destinatär auch eine handlungsunfähige Person als „Stellvertreter" zur Empfangnahme von Postsendungen bezeichnen. Die Kundgabe der Stellvertretung, Ermächtigung zur Empfangnahme, nach aussen kann nach allgemeinen Grundsätzen ausdrücklich oder stillschweigend geschehen. Da im vorliegenden Fall eine ausdrückliche Ermächtigung nicht stattgefunden hat, ist einzig zu prüfen, ob stillschweigend eine Ermächtigung zur Empfangnahme von Wertsendungen erfolgt sei, d. h. ob die Postbeamten und -angestellten aus Handlungen des Klägers darauf schliessen konnten, er bevollmächtige seinen Sohn zur Empfangnahme von Wertsendungen. Von Bedeutung ist bei dieser Frage zunächst die Stellung des Sohnes Brunner im Geschäfte des Klägers. Das Ergebnis des darüber geführten Beweises nun lässt sich folgendermassen zusammenfassen: Der Sohn Brunner hatte erstens die von den Lieferanten in die Käserei gelieferte Milch abzuwägen und das Quantum der gelieferten Milch in das Milchbüchlein einzutragen; er hatte zweitens die Milch an die Milchkunden auszumessen, zu verkaufen, und den Kaufpreis Tag für Tag in Empfang zu nehmen; drittens endlich hatte er bei den vierteljährlichen Zahltagen — Abrechnung mit den Milchlieferanten — dem Kläger zu helfen. Es steht ferner fest, dass der Kläger häufig vom Geschäft abwesend war, wenn auch nicht für lange Zeit. Posthalter Güntensperger hat ferner als Zeuge ausgesagt, die Frau des Klägers habe ihm gesagt, Vater und Sohn hätten immer zusammen das Geschäft geführt; der Sohn habe es in Abwesenheit des Vaters geführt. Schon diese allgemeine, nicht unbedeutende Stellung, die der Sohn im Geschäft einnahm, lässt darauf schliessen, dass er als zur Empfangnahme von Postwertsachen bevollmächtigt angesehen werden durfte. Dazu kommt aber weiter, dass Briefträger Br. an Sohn Brunner schon zweimal vor dem 2. August 1906 eingeschriebene, an den Kläger („Jos. Brunner, Käser") adressierte Gegenstände abgegeben hatte, nämlich am 28. Juni 1906 einen rekommandierten Brief, am 5. Juli 1906 einen Korb; beidemal hatte Brunner Sohn quittiert „J. Brunner Sohn". Eine Reklamation des Klägers gegen die Abgabe dieser Gegenstände an den

Sohn war nie erfolgt. Da nun rekommandierte Briefpostgegenstände in der PTO bezüglich der Zustellung den Fahrpostgegenständen gleichgestellt sind, durfte die Postverwaltung auf eine Ermächtigung des Klägers an den Sohn, auch deklarierte Fahrpostgegenstände in Empfang zu nehmen, schliessen. Zu der Abgabe an den Sohn durfte sich endlich Briefträger Br. um so eher für berechtigt halten, als dieser kurz vorher gefragt hatte, ob „das Geld" noch nicht gekommen sei. Muss aber danach aus der geschilderten Stellung des Sohnes im Geschäft, zusammengehalten mit der Abgabe eingeschriebener, an den Kläger adressierter Sendungen an den Sohn und der Tatsache des Nichtwiderspruchs des Klägers gegen diese Abgabe, auf eine Ermächtigung des Sohnes zur Empfangnahme auch deklarierter Postsendungen geschlossen werden —, war also Sohn Brunner als „Stellvertreter" im Sinne des Art. 24 PTO zu betrachten, so hat die Beklagte den Transportvertrag durch Ablieferung des Wertbriefes an ihn richtig erfüllt, und der nachherige Verlust des Gegenstandes fällt nicht ihr zur Last. Aus diesem Grunde muss die Klage kostenpflichtig abgewiesen werden. (Entsch. vom 27. März 1908 i. S. Brunner c. Eidgenossenschaft.)

---

74. *Markenrecht. Täuschende Aehnlichkeit zweier Marken. — Kriterien für die Beurteilung.*

Die Klägerin Reinhold Heidfeld & Co benutzt seit dem Jahre 1880 für ihre Fabrikate (Eisenwaren) als Fabrik- und Handelsmarke einen runden Gewichtstein mit zwei gekreuzten Hämmern und den Buchstaben R. H. & Cie. Diese Marke hat sie am 12. März 1880 in Deutschland eintragen lassen und dabei erklärt, dieselbe sei bestimmt, an „Werkzeugen für Schlosser, Schmiede, Installateure, Schreiner und Holzarbeiter" angebracht zu werden.

Der Beklagte, Herzog, war eine Zeit lang Buchhalter der klägerischen Firma und dann, bis 1901, Vertreter derselben für die Schweiz gewesen und hatte in letzterer Eigenschaft die mit der Marke Gewichtstein versehenen Fabrikate der Klägerin vertrieben. Am 9. Dezember 1901 liess er im eidg. Markenregister für „Eisen- Stahl- und Messingwaren, sowie Haushaltungs- und Küchenartikel" unter der Nummer 14121 als Marke einen sechseckigen Gewichtstein mit den Buchstaben C. H. Z. eintragen. Von da an vertrieb er nicht mehr die Fabrikate der Klägerin, sondern anderwärts hergestellte, mit der von ihm eingetragenen Marke versehene.

Hierauf liess die Klägerin ihre in Deutschland geschützte Marke auch in der Schweiz (unter No. 14681) eintragen.

In der Folge erhob sie Klage wegen Markennachahmung gegen den Beklagten. Entgegen der kantonalen Instanz (Kantonsgericht Zug) hat das Bundesgericht diese Klage geschützt. Die wesentlichen Gründe gehen dahin:

Es ist davon auszugehen, dass wesentliche Unterscheidungsmerkmale im Sinne des Gesetzes nur dann vorhanden sind, wenn die beiden Marken bei isolierter Betrachtung im Gedächtnis des Käufers, insbesondere des Detailkäufers, einen verschiedenen Eindruck hinterlassen, so dass die Gefahr der Verwechslung ausgeschlossen ist. Es ist also weder ausschlaggebend, ob zwei Marken nebeneinander betrachtet, unterschieden werden können, noch ob sie von den die betr. Waren vertreibenden Händlern unterschieden werden, noch endlich, ob bei den Konsumenten Verwechslungen tatsächlich vorgekommen sind.

Entgegen diesen Grundsätzen hat nun der kantonale Richter namentlich auf die Zeugenaussagen von Eisenhändlern abgestellt, welche wiederholt Gelegenheit hatten, die beiden Marken nebeneinander zu betrachten, und welche dieselben denn auch speziell im Hinblick auf ihre Zeugenaussagen, aufmerksam verglichen zu haben scheinen. Denselben wurde u. a. die Frage vorgelegt, ob sie im Stande seien, allfällig von ihren Kunden zurückgebrachte Waren mittelst der Marke als solche der Klägerin oder des Beklagten wiederzuerkennen, eine Frage welche selbstverständlich bejaht wurde, welche aber mit der zu entscheidenden Frage (der Frage nämlich, ob seitens der Konsumenten eine Verwechslung möglich sei) nichts zu tun hat.

Die Vorinstanz ist nun freilich auch auf Grund eigener Prüfung der beiden Marken zum Resultate gelangt, dass eine wesentliche Verschiedenheit vorliege. Indessen ist sie hiebei davon ausgegangen, dass die Prüfung der Marken mit derjenigen Sorgfalt stattzufinden habe, welche der seine Werkzeuge persönlich einkaufende Handwerker bei der Auswahl dieser Werkzeuge anzuwenden pflege. Diese Erwägung widerspricht insofern den Verhältnissen, als Werkzeuge für Schmiede, Schlosser, Installateure, Schreiner usw. mitunter auch von Nichthandwerkern gekauft werden und als sogar der Handwerker dieselben nicht immer persönlich einkauft. Ferner wurde hiebei nicht berücksichtigt, dass der Handwerker, welcher ein abhanden gekommenes Werkzeug zu ersetzen wünscht, sich meistens nicht mehr aller Einzelheiten der Marke zu

erinnern pflegt, welche an diesem Werkzeug angebracht sein mochte.

Endlich hat die Vorinstanz ein für die Beurteilung des Falles wichtiges Moment darin erblickt, dass einige Händler die Marke der Klägerin für eine Glocke gehalten hatten, während diejenige des Beklagten stets als Gewichtstein aufgefasst wurde. Auch dieses Argument erweist sich als unstichhaltig. Nur wenn die klägerische Marke ganz allgemein als Glocke aufgefasst worden wäre, könnte daraus allenfalls auf eine wesentliche Verschiedenheit der beiden Marken geschlossen werden. Der Beklagte hat aber selber nicht behauptet und auch nicht behaupten können, es sei die klägerische Marke von jedermann als Glocke aufgefasst worden. Wenn es also auch etwa einmal vorgekommen ist, dass die Marke der Klägerin für eine Glocke gehalten wurde, so beweist dies höchstens, dass bei derartigen Marken eine sehr genaue Prüfung überhaupt nicht stattzufinden pflegt.

Die Frage nun, ob, ganz abgesehen von den Aussagen der einvernommenen Zeugen, die beiden Marken bei isolierter Betrachtung einen verschiedenen Eindruck hinterlassen, muss verneint werden. Zwar ist der zur Hebung des Gewichtsteines bestimmte Ring bei der Marke der Klägerin im Verhältnis zum Gewichtstein selber etwas grösser als bei der Marke des Beklagten; auch ist der Gewichtstein der Klägerin ein abgestumpfter Kegel, derjenige des Beklagten eine abgestumpfte Pyramide, d. h. der letztere hat Kanten, der erstere dagegen ist rund; ferner sind auf dem Gewichtstein der Klägerin zwei gekreuzte Hämmer angebracht, auf demjenigen des Beklagten hingegen nicht; und endlich ist die klägerische Marke mit den Buchstaben R. H. & Cie, diejenige des Beklagten aber mit den Buchstaben C. H. Z. versehen. Allein trotz diesen Detailunterschieden ist doch das Gesamtbild der beiden Marken dasselbe. Insbesondere tragen die allerdings verschiedenen Buchstaben weniger zur Verdeutlichung der Unterschiede als zur Verwechslung bei. Denn die wenigsten Käufer eines Werkzeuges pflegen ihrem Gedächtnis einzelne Anfangsbuchstaben einzuprägen, welche der Fabrikmarke etwa beigefügt sind; dagegen wird ein Käufer sich hin und wieder daran erinnern, dass die Fabrikmarke dieses oder jenes Gegenstandes u. a. einige Initialen aufwies, ohne aber sagen zu können, welche Initialen.

Zu all diesen Momenten kommt noch die Tatsache, dass die beiden Marken auf Gegenständen von meist nicht sehr grossen Dimensionen aufgebracht sind und daher naturgemäss

nur einen kleinen Raum einnehmen, was selbstverständlich die Gefahr der Verwechslung bedeutend erhöht. Und endlich ist auch dem Umstande Rechnung zu tragen, dass wie sich aus den Aussagen mehrerer Zeugen ergibt, der Beklagte bei der Wahl seiner Marke die Absicht hatte, eine der klägerischen ähnliche Marke für seine eigenen Produkte zu verwenden. (Was näher ausgeführt wird.) Wenn auch zum Vorhandensein einer täuschenden Aehnlichkeit zwischen zwei Marken die Nachahmungsabsicht des zweiten Benützers weder genügt noch notwendig ist, so bildet dieselbe doch ein wichtiges Indiz für die Möglichkeit von Verwechslungen. Denn der Nachahmer ist meistens selber am besten in der Lage, den Grad des beim kaufenden Publikum zu erwartenden Unterscheidungsvermögens abzuschätzen. (Entsch. vom 10. April 1908 i. S. Heidfeld & Cie c. Herzog.)

---

75. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Art. 285 ff., 260.* ***Anfechtungsrecht des Einzelgläubigers ausser Konkurses und der Konkursmasse.*** *Schicksal des Anfechtungsrechtes des Einzelgläubigers im darauffolgenden Konkurs. Ungültigkeit der Abtretung des Anfechtungsanspruches durch die Konkursmasse (gemäss Art. 260 SchKG) an den Anfechtungsbeklagten.*

In dem am 25. April 1902 eröffneten Konkurse über Sp. beanspruchten C. F. Schwarz Söhne sämtliche Konkursaktiven, die sequestriert worden waren, als Eigentum, gestützt auf einen Vertrag mit Sp. vom 7. April 1902, worauf das Konkursgericht am 4. Juni 1902 nach Art. 230 Abs. 1 SchKG die Einstellung des Verfahrens anordnete, was im weitern zum Schlusse des Verfahrens gemäss der genannten Bestimmung führte. In der Folge erhob L.-S. Klage auf Ungültigerklärung jenes Vertrages und auf Aushingabe der sequestrierten Ware bezw. deren Erlöses. Nachdem der Prozess auf Berufung der Beklagten hin in die bundesgerichtliche Instanz gelangt war, wurde am 8. Februar 1906 über Sp. neuerdings der Konkurs eröffnet, und es wurde die bundesgerichtliche Verhandlung vertagt, damit über die Admittierung der Anfechtungsrechte durch die Masse Beschluss gefasst werden könne. Nach verschiedenen Inzidenten und nachdem die Konkursverwaltung erklärt hatte, in den Anfechtungsprozess nicht einzutreten, wurden diese Rechte am 28. Juni 1907 den Beklagten und deren Anwalt B. abgetreten. Die Beklagten verlangten daraufhin Fortsetzung des Verfahrens vor Bundesgericht und stellten

den Antrag, der Prozess sei, weil gegenstandslos geworden, als erledigt abzuschreiben. Ihr Anwalt B. verlangte dagegen nicht die Aufnahme des Prozesses. Das Bundesgericht hat das Begehren der Beklagten, den Prozess als gegenstandslos zu erklären, abgewiesen und die Behandlung des Falles verschoben, bis der Anfechtungskläger L. durch Vorlage seines Verlustscheines den Nachweis geleistet habe, dass der Konkurs über Sp. ausgetragen sei. Gründe:

Nach der Auffassung der Beklagten wäre der Anfechtungsanspruch mit der Konkurseröffnung auf die Masse übergegangen, hätte ihn damit der Kläger, wenigstens soweit er als Einzelgläubiger anfechten und vollstrecken will, endgültig verloren, und wäre so der von ihm angehobene Prozess jetzt als gegenstandslos geworden zu erklären. Diese Auffassung lässt sich nun aber aus theoretischen und namentlich auch aus praktischen Gründen nicht rechtfertigen:

In ersterer Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass das Anfechtungsrecht des Einzelgläubigers (Art. 285 Ziff. 1 SchKG) und das der Gläubigerschaft im Konkurse (Art. 285 Ziff. 2) nicht identisch sind. Sie sind es besonders insoweit nicht, als die Einzelanfechtung die Deckung nur der betreffenden Einzelforderung bezweckt und erreichen kann, die konkursmässige Anfechtung aber Deckung der sämtlichen Konkursforderungen. Sodann sind möglicherweise die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit für die Gläubigerschaft andere als sie es für den Einzelgläubiger vor der Konkurseröffnung waren, indem z. B. der Gläubigerschaft (die das Anfechtungsrecht selbständig ausüben, nicht die frühere Geltendmachung durch den Einzelgläubiger weiter verfolgen will) die Verwirkungsfristen der Art. 286/87 SchKG entgegenstehen können, während dies bei dem vor dem Konkurs anfechtenden Einzelgläubiger vielleicht nicht der Fall gewesen ist, oder indem umgekehrt etwa ein für den Einzelgläubiger verbindlicher Verzicht auf die Anfechtung der erneuten selbständigen Anfechtung durch die Gläubigerschaft nicht entgegengehalten werden kann. Aus all dem ergibt sich, dass die vorliegende Frage nicht kurzweg, wie die Beklagten meinen, mit der Erklärung zu lösen ist: der Anfechtungsanspruch des Einzelgläubigers falle, etwa wie ein gepfändetes Vermögensstück, in die Masse, gehe damit notwendig dem Einzelgläubiger endgültig verloren.

Hiergegen sprechen, wie schon angedeutet, nun vorzüglich auch noch praktische Gründe: Nur so weit vermag es sich nämlich zu rechtfertigen, die Befugnisse zu schmälern, die dem Einzelgläubiger vor dem Konkurse zustanden, um durch

die Anfechtung zu Befriedigung seiner Forderung zu gelangen, als das prävalierende Interesse der Gläubigergemeinschaft eine solche Schmälerung nötig macht. Deshalb muss freilich der Einzelgläubiger mit der Konkurseröffnung es sich gefallen lassen, dass jetzt zunächst nicht mehr er, sondern die zuständigen Konkursorgane das Anfechtungsrecht ausüben, und dass der Erfolg davon nicht mehr ihm allein sondern der Gesamtheit der Konkursgläubiger zu Gute kommt, und in diesem Falle muss dann notwendigerweise der auf weniger gehende Anspruch des Einzelgläubigers in dem das Mehrere umfassende Anspruch der Konkursmasse aufgehen. Dagegen ist nicht abzusehen weshalb, wenn aus irgend einem Grunde, namentlich wegen Aufhebung des Konkurses oder Verzichtes der Konkursmasse auf die Anfechtung, das Anfechtungsrecht nicht zu Gunsten der Gläubigerschaft ausgeübt wird, der Einzelgläubiger nun auch dauernd gehindert sein sollte, den schon vor Konkurseröffnung ans Recht gesetzten Anspruch nun wieder für sich weiter zu verfolgen.

Von solchen Erwägungen hat sich die deutsche Gesetzgebung bei der Regelung der vorliegenden Frage leiten lassen. Nach Art. 13 des Gesetzes betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens vom 21. Juli 1879 (Fassung vom 20. Mai 1898) verliert der Einzelgläubiger mit der Konkurseröffnung seinen Anfechtungsanspruch nicht, sondern wird ihm nur dessen Verfolgung bis zum Schlusse des Konkursverfahrens verunmöglicht. An seiner Stelle kann nunmehr der Konkursverwalter — elektiv neben einer selbständigen Geltendmachung des Anfechtungsrechts gemäss der Konkursordnung — den vom Einzelgläubiger erhobenen Anspruch zu Gunsten der Gesamtgläubigerschaft weiter verfolgen und zu diesem Zwecke namentlich auch den Prozess aufnehmen, den der Einzelgläubiger vor dem Konkurs eingeleitet hatte und der durch die Konkurseröffnung unterbrochen worden ist. Nach Schluss des Konkurses aber kann wiederum der Gläubiger sein Anfechtungsrecht selbständig ausüben und also auch gegebenen Falls den von ihm angehobenen Prozess zu Ende führen, soweit nicht dem Anspruch entgegenstehende Einreden gegen den Verwalter erlangt sind. (Vgl. Sarwey, Konkursordnung, 2. Aufl. p. 136 ff.; Wilmowski, Konkursordnung, 5. Aufl. § 8 p. 70, § 29 Note 2 p. 154, und Anhang, Anfechtungsgesetz § 13 p. 585; Cosack, Anfechtungsrecht, 1884, p. 358 ff.; Hartmann, Kommentar zum Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879, § 13 p. 214 ff.; Jäger, Die Gläubigeranfechtung ausser-

halb des Konkurses, § 13 p. 285 ff. — Hinsichtlich des gegenteiligen Standpunktes des österreichischen Rechts s. Menzel, Oesterreichisches Anfechtungsrecht, p. 307 ff.)

Nichts hindert, diese Lösung, die der Natur der Sache und der Billigkeit entspricht, auch für das schweizerische Recht anzunehmen. Das SchKG und namentlich dessen Titel über die Anfechtungsklage (Art. 285/92) berührt die vorliegende Frage des Verhältnisses zwischen der Anfechtung durch den Einzelgläubiger und der durch die Konkursorgane nicht und weist insoweist eine Lücke auf, die im erwähnten Sinne zu ergänzen ist. Für eine andere Regelung der Sache lässt sich aus keiner sonstigen Bestimmung des Gesetzes etwas entnehmen. Beigezogen werden kann namentlich nicht der von den Berufungsklägern angerufene Artikel 200, der als zur Konkursmasse gehörend all das erklärt, „was nach Massgabe der Art. 214 und 285 bis 292 Gegenstand der Anfechtungsklage ist“. Aus dieser — übrigens unklar abgefassten — Bestimmung ist nur abzuleiten, dass das, was die Anfechtung an Vermögen der Exekution zugänglich zu machen vermag, der nunmehrigen konkursmässigen Exekution dienen soll, unter Ausschluss jeglicher Sondervollstreckung, und dass also, wie im deutschen Recht, der Einzelgläubiger seinen Anfechtungsanspruch während des Konkurses nicht verfolgen kann. Dass dieser Anspruch hingegen mit der Konkurseröffnung dem Einzelgläubiger endgültig verloren gehe und ihm damit dessen Verfolgung nach Verzicht der Masse auf seine Geltendmachung und nach Schluss des Konkursverfahrens schlechthin verunmöglicht sei, lässt sich aus Art. 200 nicht folgern; dies schon deshalb nicht, weil der Artikel, wie überhaupt das ganze Gesetz, das Verhältnis zwischen Einzelanfechtung und Anfechtung für die Gläubigerschaft unerwähnt lässt. Ebenso wenig kann mit Art. 260 argumentiert werden. Er betrifft bloss die Frage, ob und wieweit Ansprüche, deren Geltendmachung der Masse zusteht, statt von den ordentlichen Masseorganen von dem einzelnen Konkursgläubiger für Rechnung der Masse (mit Anrecht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Ergebnis) geltend gemacht werden können. Diese Frage hat aber nichts zu tun mit der vorliegenden, ob der Einzelgläubiger auch dann gehindert sei, seinen von demjenigen der Masse qualitativ verschiedenen Anfechtungsanspruch im Sinne einer Sondervollstreckung — nicht als Mandatar der Gläubigerschaft — auszuüben, wenn kein Konkursverfahren entgegensteht. Und endlich bildet auch Art. 265 Abs. 2 kein Hindernis: wenn er die Sondervollstreckung nach durchge-

führtem Konkurse ausschliesst, so will damit nur der Schuldner geschont werden, nicht aber der Anfechtungsgegner, und ist also dem Verlustscheinsgläubiger nach Konkursschluss nicht verwehrt, sich durch Geltendmachung seines Anfechtungsanspruchs vom Anfechtungsgegner Vermögen zu beschaffen, das für die Befriedigung seiner Forderung zu dienen vermag und auf welches die im Konkurse vereinigte Gläubigergemeinschaft verzichtet hat.

Auf Grund dieser Ausführungen ist nun für den gegebenen Fall zu bemerken:

Das Konkurserkenntnis vom 8. Februar 1906 hatte zur Folge, dass der Kläger während des darauffolgenden Konkursverfahrens seinen (behaupteten) Anfechtungsanspruch nicht mehr geltend machen konnte, und dass deshalb der um diesen Anspruch geführte, in die bundesgerichtliche Instanz vorgeschrittene Prozess eingestellt wurde.

Dieser Prozess konnte nun zunächst für die Gläubigerschaft im Konkurse aufgenommen werden, sei es durch die Konkursverwaltung als ihr ordentliches Organ, sei es durch einen einzelnen oder mehrere Konkursgläubiger als Prozessführungsberechtigte im Sinne des Art. 260. Keines von beiden ist aber gültig geschehen: Vorerst hat die Konkursverwaltung durch Erklärung vom 22. Februar 1907 gemäss vorher ergangenem Gläubigerbeschluss den Eintritt in den Prozess ausdrücklich abgelehnt. Sodann hat sie freilich „die bezüglichen Masserechte“ nach Art. 260 an zwei Konkursgläubiger, die Beklagten und heutigen Berufungskläger und deren Anwalt Fürsprech J. B. abgetreten. Allein Fürsprech B. hat die Aufnahme des Prozesses innert der ihm von der Konkursverwaltung gesetzten Frist nicht erklärt und es ist damit nach dem Inhalte der „Abtretung“ sein Prozessführungsrecht dahingefallen. Und die „Abtretung“ an die Berufungskläger, die die Anfechtungsgegner sind, muss als eine rechtsungültige, und zwar als eine schlechthin nichtige, auch durch den Ablauf der Beschwerdefrist nicht wirksam werdende Verfügung betrachtet werden. Denn derjenige, gegen den sich der geltend zu machende Masseanspruch richtet, kann unmöglich als Konkursgläubiger nach Art. 260 mit der Geltendmachung des Anspruchs betraut werden (AS, Sep. Ausgb. **6** No. 48)[1]. Damit bleibt die Frage unberührt, ob nicht ein solcher Konkursgläubiger, der gleichzeitig hinsichtlich des Masseanspruchs der Leistungspflichtige ist, bei der Verteilung des Ergebnisses aus

---

[1]) Gesamtausgabe **29** I No. 77 S. 365 ff.

der Geltendmachung des Anspruchs anders zu behandeln sei, als ein Konkursgläubiger, der sich den Anspruch hätte abtreten lassen können, davon aber keinen Gebrauch gemacht hat. Sonst würde nämlich jener Konkursgläubiger dann und bloss deshalb bei der Verteilung schlechter wegkommen, wenn und weil er den Anspruch nicht sofort befriedigt, sondern glaubt, sich ihm widersetzen zu können, und er das Abtretungsverfahren des Art. 260 mit seinen besondern Folgen für die Verteilung provoziert.

Kommt hiernach eine Weiterführung des Prozesses zu Gunsten der Konkursgläubigerschaft nicht mehr in Betracht, so steht es nach den frühern Ausführungen dem Kläger und Anschlussberufungskläger frei, den Prozess nach Beendigung des Konkursverfahrens als Anfechtungsprozess ausser Konkurs wieder aufzunehmen. Einem dahingehenden Gesuche ist zu entsprechen, sobald der Anschlussberufungskläger vor Bundesgericht den urkundlichen Nachweis erbringt, dass der Konkurs geschlossen ist, und dass er darin einen Verlustschein ausgestellt erhalten hat, seine Forderung also noch und in welchem Betrage der Befriedigung durch Ausübung des Anfechtungsrechts bedarf. (Entsch. vom 20. März 1908 i. S. C. F. Schwarz Söhne c. J. Levy-Sonneborn.)

B. Kantonale Entscheide.

---

76. *Haftung des Apothekers für Verabreichung eines schädlichen Mittels. Art. 50 OR.*

Zürich. Urteil der ersten Appellationskammer vom 23. November 1907.

Der Fuhrhalter St., der einen grösseren Viehstand besitzt, verlangte in der Apotheke X. ein Mittel zur Vertreibung von Läusen, mit denen fünf seiner Rinder behaftet waren. Der Apotheker verabreichte ihm hiefür 2 Schachteln mit je zirka 35 Gramm sogen. grauer Salbe d. h. verdünnter (20 %iger) Quecksilbersalbe (unguentum hydrargyrici cinereum dilutum) zum Einreiben, wobei er ihm bemerkt haben will, er solle sich in acht nehmen, dass die Tiere sich nicht ablecken; nach Angabe des St. hätte ihm der Apotheker auf die Frage, ob das Mittel unschädlich sei, bloss das gute Verreiben der Salbe empfohlen. — Einige Tage nachdem St. die Salbe bei seinen 5 Rindern in Anwendung gebracht hatte, erkrankten

dieselben; die Krankheit übertrug sich auch auf einen Teil des im Stall befindlichen Grossviehs. Der herbeigerufene Tierarzt konstatierte eine Quecksilbervergiftung. Zwei der Rinder gingen infolge der Krankheit zugrunde; die übrigen Tiere erholten sich langsam wieder.

St. belangte nun den Apotheker X. auf Schadenersatz — für Verlust und Minderwert seines Viehstandes — im Betrage von Fr. 1030. Der Beklagte bestritt seine Haftbarkeit, da die Verabreichung von „grauer Salbe“ für Menschen und Vieh im Handverkaufe d. h. ohne ärztliches Rezept gestattet bezw. durch das Medizinalgesetz und die in Ausführung desselben erlassenen Verordnungen nicht verboten sei; es treffe ihn daher kein Verschulden; eventuell bestritt er auch den Kausalzusammenhang mit dem eingetretenen Schaden.

Die erste Instanz, das Bezirksgericht Zürich I, wies die Klage ab, hauptsächlich gestützt auf das Gutachten des Kantonsapothekers, wonach anzunehmen sei, dass den Apothekern die Gefährlichkeit der Quecksilbersalbe für Rindvieh nicht bekannt sei bezw. nicht bekannt sein müsse; die Frage des Kausalzusammenhanges wurde dagegen auf Grund des eingeholten tierärztlichen Gutachtens bejaht, das dahinging, es sei nicht festgestellt, dass die Krankheit durch das gegenseitige Belecken der Tiere sich verbreitet habe, es genüge hiezu aber schon die Resorption der Salbe von der Haut aus und das Einatmen der durch Verdunstung entstehenden Quecksilberdämpfe.

Zweitinstanzlich wurde die Klage (nachdem noch ein Bezirkstierarzt als Experte zugezogen worden war) im geforderten Betrage geschützt, mit folgender Begründung:

„1. Die Vorinstanz hat die Frage, ob den Beklagten ein Verschulden treffe, für dessen schädigende Folgen er dem Kläger verantwortlich sei, aus dem Grunde verneint, weil nach dem Gutachten des Kantonsapothekers den Apothekern nicht bekannt sei — und nach ihrem Studiengang auch nicht bekannt sein müsse —, dass die Anwendung der grauen Quecksilbersalbe bei Rindvieh besonders schädlich sei oder sein könne. — Dieser Argumentation wäre dann beizupflichten, wenn die Sache sich vorliegendenfalls so verhielte, dass der Kläger diese Salbe vom Beklagten auf sein Verlangen verabfolgt erhalten hätte. Allein nach der Aktenlage ist als festgestellt zu erachten, dass der Beklagte es war, der dem Kläger, der lediglich ein Mittel zur Vertreibung von Läusen bei Rindvieh verlangte, die graue Salbe als besonders hiezu geeignet bezeichnet und empfohlen hat. Hiefür ist ihm der Beklagte

verantwortlich; denn er durfte ihm zu dem angegebenen Zwecke nur ein solches Mittel empfehlen, von dem er positiv wusste oder doch annehmen durfte, dass es unschädlich sei, bezw. er musste, wenn diese Unschädlichkeit von einer besondern Art der Anwendung — der Beobachtung bestimmter Vorsichtsmassregeln — abhing, den Kläger auch hierauf aufmerksam machen und ihm hierüber die erforderliche Anleitung geben. Dies hat der Beklagte nicht getan, er behauptet lediglich, den Kläger auf die Gefahr des Ableckens durch andere Tiere aufmerksam gemacht zu haben, nicht aber darauf, dass auch in quantitativer Beziehung bei Anwendung der Salbe grosse Vorsicht zu beobachten sei; nach Angabe des Klägers hätte er ihm noch besonders das gute Verreiben der Salbe empfohlen.

2. Der Beklagte könnte den Vorwurf einer schuldhaften Handlungsweise nur dann von sich abwälzen, wenn feststünde, dass die graue Salbe — trotz ihrer Gefährlichkeit — allgemein auch für Rindvieh — ohne ärztliche Anordnung oder besondere Vorsichtsmassregeln — im Gebrauch sei und als unschädlich betrachtet werde. Die herwärtige Instanz hielt es daher für angezeigt, hierüber noch das Gutachten eines praktischen Tierarztes einzuholen. Derselbe hat die Frage mit Entschiedenheit verneint, wenn er auch zugab, dass solche Fälle von Quecksilbervergiftung bei Rindvieh infolge unsorgfältiger Anwendung von grauer Salbe nicht selten vorkommen. Demgegenüber kann die Angabe des Kantonsapothekers, „dass die Salbe auch heute noch häufig und überall als Läusemittel verwendet werde“, nicht entscheidend ins Gewicht fallen, schon weil diesem Experten offenbar eigene Erfahrungen über die Art der Verwendung und die möglichen schädlichen Folgen derselben fehlen.

3. Ergibt sich sonach, dass dem Beklagten ein Verschulden zur Last fällt, indem er dem Kläger ein Mittel ohne ausreichende Anweisung bezüglich der Art seiner Verwendung empfahl, das sich nachher als schädlich erwies, so folgt hieraus die Gutheissung der Klage, da über die Frage des Kausalzusammenhanges und das Quantitativ des eingetretenen Schadens (die beide durch die tierärztliche Expertise festgestellt sind) zweitinstanzlich kein Streit mehr besteht. Auf die Frage, ob das Verschulden des Beklagten bezw. dessen Haftung vertraglicher oder deliktischer Natur sei, braucht, weil für den Entscheid belanglos, nicht eingetreten zu werden.“

(Blätter f. zürch. Rechtsprechg, VII S. 139 f.)

---

77. *Marché à terme. Refus d'exécution d'un jugement rendu en France par défaut de l'intimé. Art. 512 CO. Traité franco-suisse du 15 juin 1869, Art. 17.*

Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 2 septembre 1907 d. l. c. Van Lee & Cie c. Germond.

Germond a été condamné par le Tribunal de Commerce du Département de la Seine, à Paris, statuant par défaut, à payer aux demandeurs H. van Lee & Cie la somme de 7542 fr. 25 dette provenant d'opérations de bourse fictives. H. van Lee & Cie ont demandé l'exécution de ce jugement contre Germond devant les tribunaux du canton de Vaud. Germond n'a pas contesté que pour les difficultés pouvant résulter des marchés conclus avec les demandeurs il avait fait élection de domicile en leurs bureaux et que par conséquent le Tribunal de la Seine était compétent de se nantir de l'affaire. Mais il a excipé que la décision est basée sur des contrats dépourvus en Suisse d'action en justice comme contraire à l'ordre publique et que l'exécution du jugement porterait atteinte à un principe d'ordre public. Les demandeurs ont opposé que le jugement du Tribunal de Commerce ne caractérise pas le genre d'opérations traitées entre parties et qu'il est d'ailleurs inattaquable au point de vue du droit français. Le Tribunal cantonal a refusé l'exécution.

Motifs: Considérant que, aux termes de l'art. 17, 3°, du traité, l'exécution d'un jugement étranger peut être refusée, au cas où elle serait contraire aux intérêts de l'ordre public de l'Etat dans lequel elle est sollicitée.

Qu'ainsi le magistrat saisi d'une demande à fins d'exécution a toujours le droit de rechercher si la condamnation prononcée viole une disposition impérative de la législation en vigueur dans l'Etat requis.

Que, contrairement à la théorie soutenue par les demandeurs, l'autorité nanti n'est nullement limitée à l'examen du seul dispositif du jugement, mais peut, en outre, vérifier la cause de la sentence rendue.

Que, en ce faisant, elle n'entre pas en discussion sur le fond du litige, mais se borne à en constater l'origine, sans remettre en question la solution intervenue.

Que l'interdiction de cet examen aurait pour conséquence de rendre le plus souvent illusoire l'application de la clause de l'art. 17, 3°, réservant le respect de l'ordre public dans l'Etat où l'exécution est demandée.

Qu'ainsi il y a lieu de rechercher si l'exécution du jugement rendu contre Germond porterait atteinte à un principe d'ordre public consacré par la loi suisse.

Qu'il est statué à l'article 512 CO que les marchés à terme présentant le caractère du jeu ne peuvent donner lieu à aucune action en justice.

Que ce texte, qui est incontestablement d'ordre public, doit s'entendre en ce sens que le législateur a voulu empêcher, sur territoire suisse, non seulement tout procès, mais aussi toute mesure d'exécution forcée, ayant sa source dans de tels contrats.

Que, dès lors, il ne reste qu'à voir si le jugement repose sur des opérations rentrant dans la catégorie de celles visées à l'art. 512 CO.

Que, en l'absence d'indications sur ce point dans le jugement français, dont la brièveté s'explique par le défaut du défendeur, Germond a produit de nombreuses pièces à l'appui de son argumentation, tendant à démontrer qu'il ne s'était agi entre lui et la maison H. van Lee & Cie que de contrats purement fictifs.

Qu'il parait résulter de ces pièces que les parties ont entendu exclure entre elles l'obligation de recevoir ou de prendre livraison effective des marchandises objet de leurs tractations.

Qu'ainsi, et sans trancher définitivement la question, il doit être admis que Germond a rendu suffisamment vraisemblable que les marchés conclus tomberaient sous le coup de l'art. 512 CO et ne pourraient fonder une action juridique en Suisse.

(Journal des tribunaux, droit cantonal, LVI p. 162 ss.)

---

78. *Action en répétition dirigée contre un créancier français devant un tribunal suisse. Exception d'incompétence. Art. 86 Loi Poursuite et Faillite du 11 avril 1889. Traité franco-suisse du 15 juin 1869, art. 1.*

Genève. Jugement de la Cour de Justice civile du 18 janvier 1908 d. l. c. Pfister c. Compagnie Parisienne des applications industrielles du gaz carbonique liquéfié.

La dite Compagnie, société française, ayant son siège social à Paris, a fait notifier à Pfister, à Genève, un commandement de payer la somme de frs. 1263. 80. Pfister n'ayant pas fait opposition au commandement, paya à la Compagnie la somme de la poursuite. Puis, estimant ne pas devoir cette somme, il a assigné, à Genève, la Compagnie en restitution de frs. 1263. 80 et frais, fondé sur l'art. 86 Loi P. et F. L'intimée a excipé de l'incompétence des tribunaux genevois, vu qu'il

s'agit d'une action personnelle et mobilière, qui, aux termes de l'art. 1er du Traité franco-suisse du 15 juin 1869, doit être portée devant les juges naturelles de la défenderesse, celle-ci ayant son domicile à Paris et Pfister étant de nationalité suisse. Le Tribunal de 1ère instance s'est déclaré incompétent, pour les mêmes motifs soulevés par la défenderesse. La Cour de Justice a réformé ce jugement et renvoyé la cause aux premiers juges pour statuer sur le fond.

Motifs: L'art. 86 L. P. prescrit que l'action en répétition de l'indu, fondée sur le paiement, à la suite de poursuites restées sans opposition, est introduite au for de la poursuite ou à celui du défendeur, selon le choix du demandeur. Cette disposition doit recevoir son application, à moins qu'elle n'implique la violation d'une convention internationale.

La demande de Pfister apparaît comme une demande personnelle et mobilière. Cette circonstance n'est toutefois pas, à elle seule, de nature à faire admettre l'incompétence des tribunaux genevois. L'action prévue à l'article premier de la Convention franco-suisse, du 15 juin 1869, est celle qui constitue „la poursuite indépendante et spontanée d'un droit,“ et non un moyen de défense contre une réclamation judiciaire venant d'une autre personne. Dans ce dernier cas, la connexité entre l'action intentée et la poursuite que cette action est destinée à repousser est une cause de dérogation à la règle posée par l'art. 1er du traité du 15 juin 1869.

L'action fondée sur l'art. 86 L. P. apparaît comme étant un moyen de paralyser une poursuite restée sans opposition et, par conséquent, comme étant en connexité étroite avec cette poursuite.

On ne saurait donc voir, dans la disposition de l'art. 86 L. P., — disposition prévoyant un for spécial, — une violation de l'art. 1er du traité. (Voir Jäger, Commentaire, sous art. 86; Weber et Brüstlein, édition allemande, idem, et Tribunal fédéral, arrêt hoirs Chiron c. Botelli, du 17 juillet 1895.)

Les tribunaux genevois sont donc compétents pour statuer sur la réclamation de Pfister. La solution contraire aboutirait d'ailleurs à un véritable déni de justice, puisque Pfister verrait son action repoussée, et par les tribunaux genevois, pour cause d'incompétence, et par les tribunaux français, le Code civil ne contenant pas de disposition analogue à celle de l'art. 86 L. P.

(La Semaine judiciaire, année 31, p. 155 ss.)

I. Alphabetisches Sachregister.

II. Gesetzesregister.

I. Obligationenrecht.

Art. 17	Nr. 9.	Art. 198	Nr. 32.
„ 50	„ 31. 38. 50. 64. 68. 76.	„ 241	„ 61.
		„ 253	„ 61.
„ 51	„ 31. 50.	„ 310	„ 51.
„ 53	„ 31.	„ 346	„ 41.
„ 55	„ 39.	„ 348	„ 50.
„ 58	„ 39.	„ 358	„ 60.
„ 65	„ 40.	„ 362	„ 60.
„ 69	„ 53.	„ 371	„ 71.
„ 110	„ 50. 61.	„ 504	„ 52.
„ 116	„ 50.	„ 512	„ 19. 77.
„ 128	„ 20.	„ 671	„ 53.
„ 162, 163	„ 15.	„ 873	„ 64.
„ 179	„ 69. 70.	„ 876	„ 64.

II. Bundesgesetz betr. die Feststellung und Beurkundung des Civilstands und die Ehe, vom 24. Dezember 1874.

Art. 46 Nr. 7. 29. 55. 72.
„ 47 „ 29.

III. Bundesgesetz über die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten, vom 1. Mai 1850.

Art. 35 Nr. 48.

IV. Bundesgesetz betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst, vom 23. April 1883.

Art. 11 Nr. 62.

V. Bundesgesetz betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, vom 26. September 1890.

Nr. 74.
Art. 6 Nr. 8.
„ 20 „ 34.

VI. Bundesgesetz über das Postregal, vom 5. April 1894.

Art. 25, 36 Nr. 73.

VII. Posttransportordnung, vom 3. Dezember 1894.

Art. 24 Nr. 73.

VIII. Dienstinstruktion für das Bestellpersonal der schweizerischen Postverwaltung, vom 15. August 1897.

Art. 45 Nr. 73.

IX. Bundesgesetz betr. die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrts-Unternehmungen bei Tötungen und Verletzungen, vom 1. Juli 1875.

Art. 7 Nr. 11.

X. Bundesgesetz betr. die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrts-Unternehmungen und der Post, vom 28. März 1905.

Art. 1 Nr. 12.

XI. Bundesgesetz betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb, vom 25. Juni 1881.

Art. 1, 2 Nr. 14.
„ 6 „ 13.

XII. Bundesgesetz betr. den Handel mit Gold- und Silberabfällen, vom 17. Juni 1886.

Nr. 37.

XIII. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893.

Art. 43 Nr. 47. 48.
„ 48 „ 73.
„ 53 „ 26.
„ 56 „ 1. 2. 5. 24. 43. 44. 45. 64. 66.
„ 57 „ 45. 53.
„ 58 „ 6. 17. 36. 57. 65.
„ 59 „ 3. 4. 25. 26. 27.
„ 60 „ 3. 25.
Art. 63 Nr. 3.
„ 65 „ 47.
„ 66 „ 28.
„ 80 „ 29. 50. 67.
„ 81 „ 5. 7. 13.
„ 83 „ 53.
„ 95 „ 49.
„ 175 „ 66.

XIV. Bundesgesetz über das Verfahren bei dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, vom 22. November 1850.

Art. 69 Nr. 48.
„ 193 „ 49.

XV. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889.

Art. 41 Nr. 35.
„ 86 „ 56. 78.
„ 211 „ 22. 23.
„ 219 „ 35. 63.
„ 232 „ 35.
„ 242 „ 17.
Art. 250 Nr. 25. 27. 36. 57. 58.
„ 260 „ 58. 75.
„ 285 ff. „ 43. 58. 59. 75.
„ 287 „ 37.
„ 288 „ 59.

XVI. Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich betr. Gerichtsstandsverhältnisse. vom 15. Juni 1869.

Art. 1 Nr. 78.
" 17 " 77.

XVII. Haager Uebereinkunft zur Regelung des Geltungsbereiches der Gesetze auf dem Gebiete der Eheschliessung u. s. w., vom 12. Juni 1902.

Art. 2 Nr. 30. 42.

III. Kantonale Entscheide nach Kantonen geordnet.

Zürich. — Nr. 22 (Art. 211 Sch. K. G.). — Nr. 41 (Art. 346 O. R.). — Nr. 63 (Art. 219 Sch. K. G.). — Nr. 76 (Art. 50 O. R.).

Bern. — Nr. 23 (Art. 211 Sch. K. G.). — Nr. 40 (Art. 65 O.R.). — Nr. 61 (Art. 110, 253, 241 O. R.).

Luzern. — Nr. 21 (Unfallversicherung). — Nr. 39 (Art. 55, 58 O.R.).

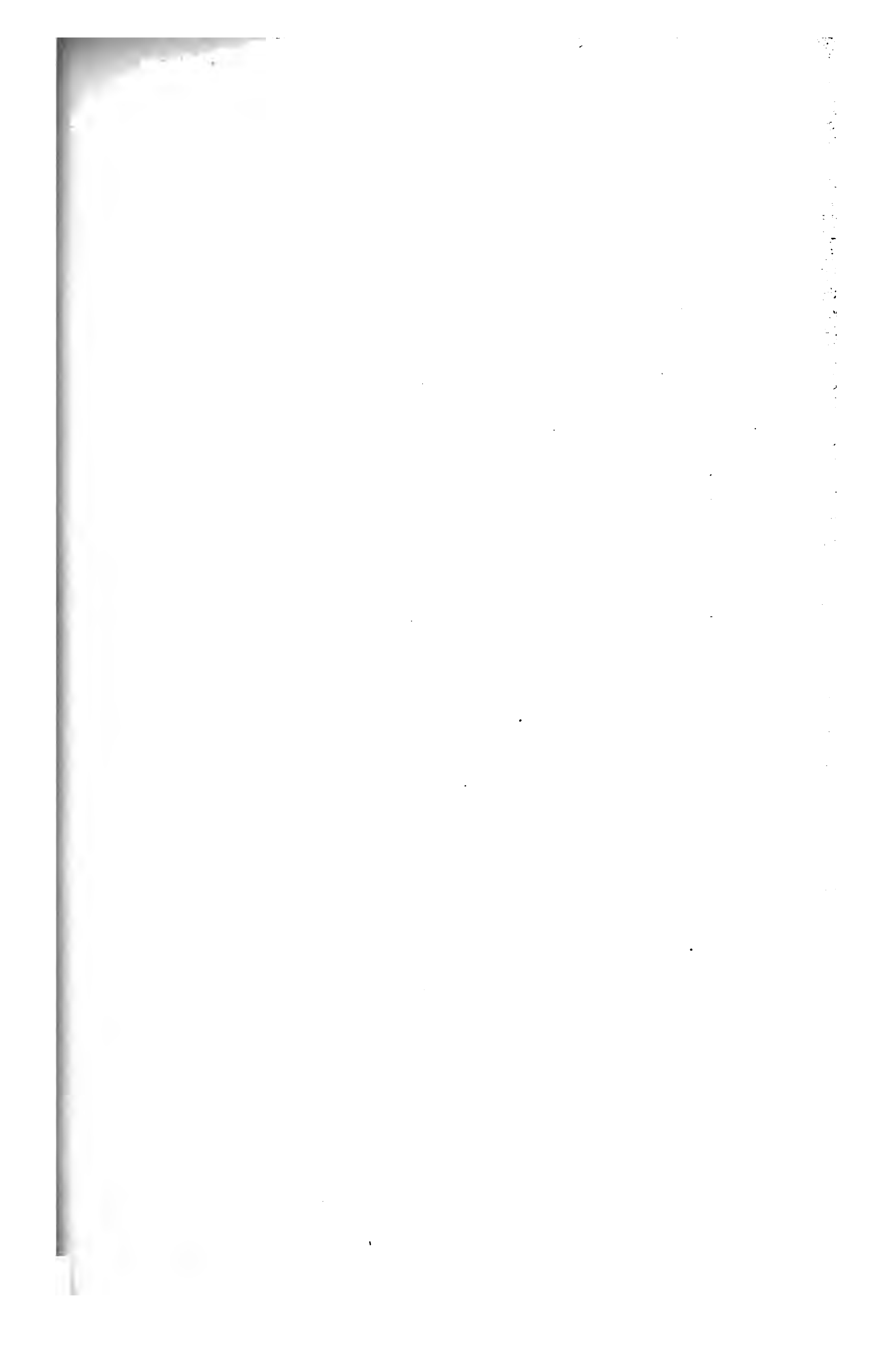
Zug. — Nr. 19 (Art. 512 O. R.).

Basel-Stadt. — Nr. 42 (Haager Uebereinkommen Art. 2). — Nr. 60 (Art. 358, 362 O. R.).

Vaud. — Nr. 77 (Art. 512 C. O.).

Neuchâtel. — Nr. 20 (Art. 128 C. O.).

Genève. — Nr. 18 (Art 62 C. O.). — Nr. 38 (Art. 50 C. O.). — Nr. 62 (Autorrecht). — Nr. 78 (Art. 86 Loi P. et F.).





41 (2)

Revue

der

Gerichtspraxis im Gebiete

des

Bundescivilrechts

XXVII. Band

Revue

de la

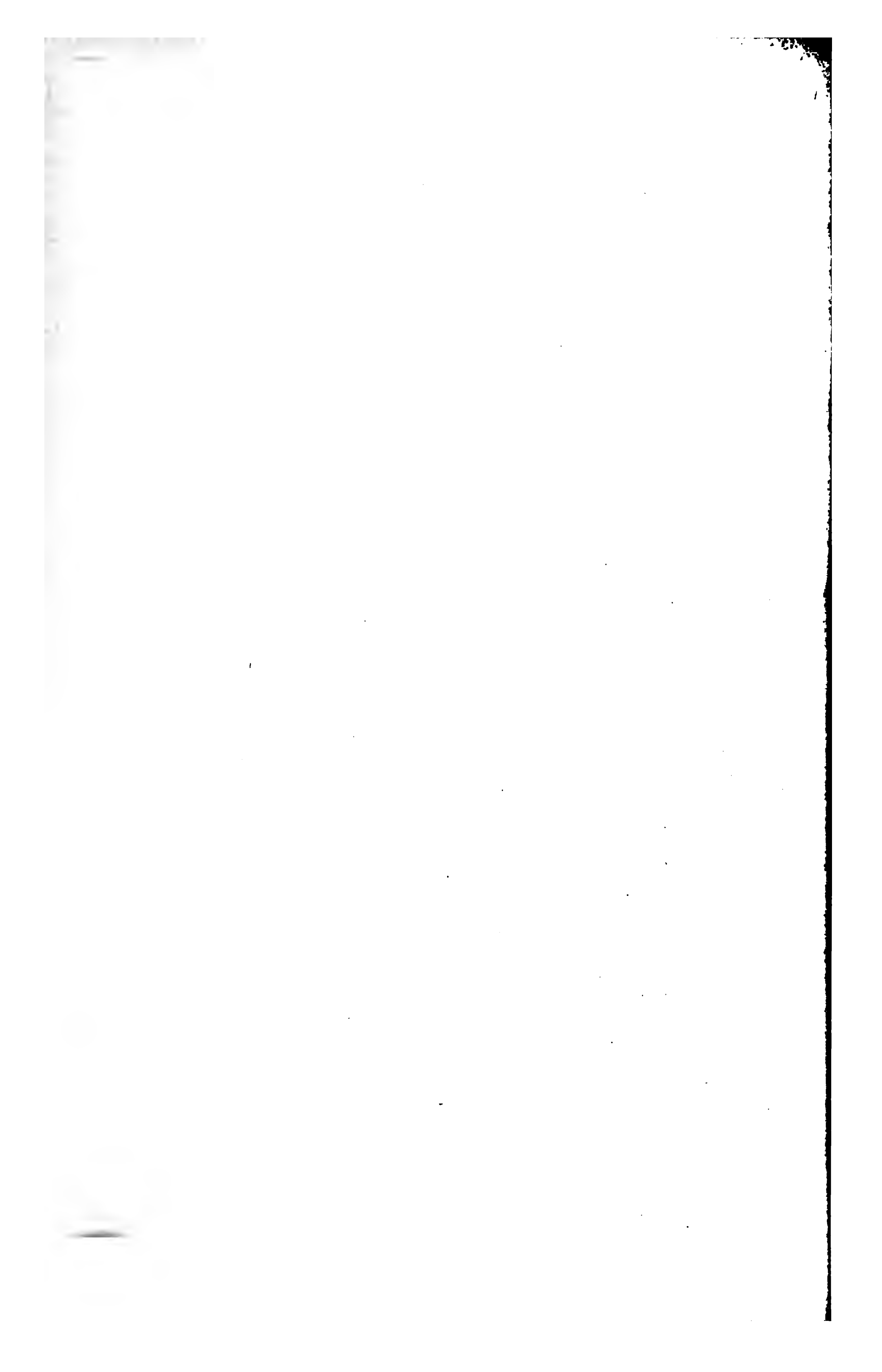
Jurisprudence en matière

de

droit civil fédéral

XXVII[e] Volume

Basel
Verlag von Helbing & Lichtenhahn
(vorm. Reich-Detloff)
1909.



Revue

der

Gerichtspraxis im Gebiete

des

Bundescivilrechts

XXVII. Band

Revue

de la

Jurisprudence en matière

de

droit civil fédéral

XXVIIe Volume

Beilage zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht Neue Folge Band XXVIII

Basel
Verlag von Helbing & Lichtenhahn
(vorm. Reich-Detloff)
1909.

A. Grundsätzliche Entscheide des Bundesgerichts.

---

1. *Berufung an das Bundesgericht, objektive Voraussetzung: Anwendbarkeit eidgenössischen Rechts. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 56. Rechtsanwendung bei Distanzkauf, bei dem beide Parteien im Inlande wohnen, der Bestimmungsort aber im Auslande liegt; speziell: Rechtsanwendung für die Mängelrüge.*

Die Parteien, die beide in Basel wohnen, schlossen daselbst einen Vertrag ab, wonach der Kläger M. der Beklagten O. & Cie russische Eier lieferte, die für Lyon bestimmt waren. Nach der Ankunft in Lyon erhob die Beklagte Mängelrüge und in dem Prozesse über Haltung des Kaufes verlangte sie die Wandelung. Das Bundesgericht, an welches die Sache infolge Berufung des Klägers gelangte, hat sich über das anzuwendende Recht wie folgt ausgesprochen:

Bei der Frage, ob für die Beurteilung dieses Streitverhältnisses eidgenössisches Recht anwendbar und demnach die Kompetenz des Bundesgerichts gegeben sei, fällt der mutmassliche Parteiwille in Betracht. Hiebei ist zu unterscheiden zwischen der Frage des Abschlusses und des Inhaltes des Vertrages einerseits, und derjenigen der Wirkungen des Vertrages anderseits. Für jene Frage ist zweifellos eidgenössisches Recht anwendbar; denn da beide Parteien in Basel wohnhaft sind und der Vertrag hier abgeschlossen wurde, erscheint das als das durchaus natürliche, während der Umstand, dass Lyon Bestimmungsort war, weil zufälliger Natur, hiefür nicht von Bedeutung ist. Etwas anders ist die Frage der Rechtsanwendung zu entscheiden hinsichtlich der der Beurteilung des Bundesgerichts einzig unterstellten Streitpunkte der Mängelrüge. Zwar ist auch hier anzunehmen, dass die Parteien die Frage der Rechtzeitigkeit und der gehörigen Substanziierung der Mängelrüge dem eidgenössischen Recht unterstellen wollten; das umso mehr, als die Parteien im Prozesse — schon vor den Vorinstanzen — übereinstimmend schweizerisches Recht

angerufen haben. Dagegen muss allerdings die Frage, in welcher Form die in Lyon zu erfüllenden Handlungen vorzunehmen waren, dem französischen Recht unterstellt sein; denn es greifen hier öffentlich-rechtliche Grundsätze des französischen Rechts ein, die die Anwendbarkeit des Art. 248 OR ausschliessen. (Entsch. vom 29. Mai 1908 i. S. Margulies c. Oesterlin & Cie.)

---

2. *Berufung an das Bundesgericht, objektive Voraussetzung: Anwendbarkeit eidgenössischen Rechts. Bundesgesetz über Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 56. Rechtsanwendung bei Streit über die Erfüllung eines Vertrages, wonach eine Liegenschaft „samt ärztlicher Praxis" verkauft worden ist.*

Einen Vertrag, in welchem von einem Arzt einem Kollegen die Liegenschaft „samt ärztlicher Praxis" verkauft worden war, hat das Bundesgericht (als Berufungsinstanz) als einheitlichen Liegenschaftskauf erklärt; es ist deshalb auf die Berufung in der Strafsache, welche die Unverbindlichkeit des Vertrages zum Gegenstand hatte, nicht eingetreten.

Begründung:

(2.) Es sind allerdings ähnliche Verträge auch schon (vergl. AS **15** S. 348 f,) in einen Liegenschaftskauf und einen (selbständigen) Mobiliarvertrag zerlegt worden. In solchen Fällen handelt es sich indessen nicht, wie hier, um die Gültigkeit, sondern vielmehr um die Erfüllung des oder der Verträge. Während es nun aber verhältnismässig leicht ist, die Erfüllung z. B. eines Kaufvertrages und eines damit verbundenen Konkurrenzverbotes auseinanderzuhalten, ist es dagegen äusserst schwer, in einem Falle wie dem vorliegenden die Frage der Gültigkeit des Vertrages in Bezug auf die verkaufte Liegenschaft anders zu lösen als in Bezug auf andere, ebenfalls den Gegenstand des Vertrages bildende, der Natur der Sache nach mit der Liegenschaft eng verbundene Güter, wie z. B. das Inventar oder die Kundschaft. Vollends ist eine Trennung des rechtlichen Schicksals der beiden Vertragsbestandteile jedenfalls dann unmöglich, wenn, wie hier, für die Liegenschaft und das mitverkaufte Gut ein einheitlicher Preis vereinbart wurde.

(3.) Ist somit der Vertrag, um dessen Rückgängigmachung es sich handelt, als ein einheitlicher aufzufassen, so fragt es sich nur noch, ob derselbe als Ganzes zu den Immobiliarverträgen oder zu den Mobiliarverträgen zu rechnen sei. Diese

Frage ist, da die Liegenschaften bei solchen Verträgen in der Regel die Hauptrolle spielen, im Zweifel im Sinne der Auffassung des Vertrages als eines Immobiliarvertrages zu lösen.

Im vorliegenden Falle wäre es nun zwar denkbar, dass beim Kläger der Erwerb der ärztlichen Praxis eine grössere Rolle gespielt habe, als der Erwerb der Liegenschaft. Allein es fällt in Betracht, dass nach der Auffassung sogar des Klägers, welcher deren Wert geringer anschlägt, als der Beklagte, die Liegenschaft immerhin noch bedeutend mehr als die Hälfte des für Liegenschaft und Praxis vereinbarten Gesamtpreises wert ist. Dazu kommt, dass, wenngleich von der Vorinstanz „der Kaufvertrag über die Liegenschaft und der Vertrag über die Erwerbung der ärztlichen Praxis" als für den Kläger unverbindlich erklärt worden sind, der Kläger doch nur Ungültigerklärung des Kaufes vom 26. November 1904, in welchem feststehendermassen von der ärztlichen Praxis nicht die Rede war, beantragt hat. Wenn es nun auch klar ist, dass der Kläger im Grunde die Aufhebung des ganzen Vertragsverhältnisses erstrebte, so zeigt doch die, wie es scheint, vom Beklagten nicht beanstandete Form seines Klagbegehrens, dass die Parteien den Liegenschaftskauf als die Hauptsache und den Uebergang der ärztlichen Praxis mehr nur als ein, den Kaufpreis erhöhendes, begleitendes Moment betrachteten, wie denn überhaupt eine ärztliche Praxis nicht Gegenstand eines besondern Kaufvertrages sein kann.

Der einheitliche Vertrag, um dessen Gültigkeit oder Ungültigkeit es sich handelt, ist somit als Liegenschaftskauf zu betrachten, woraus sich die Inkompetenz des Bundesgerichtes zur Anhandnahme der Berufung ergibt. (Entsch. vom 5. Juni 1908 i. S. Betschard c. Albrecht.)

---

3. *Berufung an das Bundesgericht, Voraussetzung: Streitwert. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 59 und 61. Eine Klage auf grundsätzliche Feststellung der Schadensersatzpflicht ist eine vermögensrechtliche Streitigkeit.*[1]

Der Kläger hatte auf grundsätzliche Verurteilung des Beklagten zur Schadensersatzpflicht aus einem ihm zugestossenen Unfall geklagt, und die Vorinstanz (Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern) hatte die Beklagte grundsätzlich zu

[1]) S. dazu auch Th. Weiss, Berufung, S. 52 f. und für die Schlusserwägung S. 44 ff.

1/3 des Schadens verurteilt. Auf die gegen dieses Urteil von der Beklagten ergriffenen Berufung ist das Bundesgericht nicht eingetreten.

Begründung: Das Klagbegehren geht allerdings lediglich auf Feststellung, dass die Beklagte für alle Folgen zu haften habe, welche sich auf den Unfall zurückführen lassen. Deshalb ist aber der Prozess doch ein Schadensersatzprozess und es kann nicht gesagt werden, dass der Streitgegenstand „seiner Natur nach“ keiner vermögensrechtlichen Schätzung unterliege (vergl. Art. 61 OG). In der Mehrzahl aller Haftpflichtprozesse ist ja der Schaden, der erst in der Zukunft sich manifestiert, auch ungewiss, muss doch abgeschätzt werden und er wird auch immer abgeschätzt. Und dass eine solche gegenwärtige Schätzung der erst in der Zukunft möglicherweise eintretenden Schadensmomente auch vom Obligationenrecht verlangt wird, zeigt der Umstand, dass nach Ablauf von zehn Jahren vom Tage der schädigenden Handlung an überhaupt eine Klage gar nicht mehr möglich ist, sowie dass das Gesetz die einjährige Klageverjährungsfrist berechnet vom Tage der Schädigung an, nicht vom Tage des Eintritts aller Folgen der Schädigung. Die Schädigung ist im konkreten Falle eben die Setzung der Ursachen für die in der Zukunft möglichen Schadensfolgen (vergl. hiezu das Urteil i. S. Leihkasse Richterswil c. Gyr und Kons. vom 21. Februar 1908, wo ausgeführt wurde, dass die Verjährung auch beginne, trotzdem der Schaden genau ziffermässig noch nicht feststehe).[1])

Geht nun die Klage nicht auf Bezahlung einer bestimmten Geldsumme, wie bei einer solchen Feststellungsklage, so ist trotzdem, wenn es der Natur der Sache nach möglich ist, in direkten Prozessen nach Art. 53 OG der Streitwert vom Kläger in einer Geldsumme anzugeben und in Berufungen nach Art. 63 Ziff. 1 zum mindesten anzugeben, ob der geforderte Höchstbetrag mindestens Fr. 2000.— erreiche. Wollte man diese Bestimmungen auf Fälle der vorliegenden Art nicht anwenden, so hätte es jeder Kläger in der Hand, durch eine solche Trennung der Frage der Haftpflicht von derjenigen der Schadensfeststellung jede Bagatellsache dem Entscheide des Bundesgerichtes zu unterstellen, da über die Frage, ob eine Feststellungsklage möglich sei oder nicht, als Prozessrechtsfrage das kantonale Recht entscheidet. Der Kläger hat denn auch selbst zugegeben, dass eine solche Schätzung bezw. Angabe des Höchstbetrages möglich sei, indem er in der Klage aus-

---

[1]) Revue **26** sub II (S. 100).

drücklich erwähnte, der Streit falle in die Kompetenz des Appellationshofes. Da aber dadurch weiter nichts gesagt ist als dass der Wert auf mindestens Fr. 400.— geschätzt werde, so ist damit der Vorschrift des Art. 63[1] OG, welche Angabe des Maximums verlangt, nicht genügt.

Man kann auch nicht etwa deshalb dieser Argumentation für Nichteintreten widersprechen, weil nun die Beklagtschaft infolge dieser unrichtigen oder ungenügenden Formulierung der Klage durch den Kläger der Möglichkeit beraubt ist, den Fall ans Bundesgericht zu ziehen. Denn dadurch, dass sie zu des Klägers Angaben stillgeschwiegen hat, hat sie implicite ihr Einverständnis mit seiner Klageformulierung erklärt (vergl. Art. 59 Abs. 2 OG, wonach nur dann das Gericht den Streitwert selbst bestimmen kann, wenn die Parteien uneinig sind) und ist daher nun auch selbst schuld an dem Verschlusse des bundesgerichtlichen Forums.

Es ist aus diesen Gründen auf die Berufung nicht einzutreten. Dabei soll die Frage, ob bei einer allfälligen Berufung im Liquidationsprozess das Bundesgericht auch auf die Frage der grundsätzlichen Haftbarkeit des Beklagten eintreten könnte, offen bleiben; Voraussetzung für die Bejahung der Frage wäre, dass das heute angefochtene Urteil als Zwischenentscheid im Sinne des Art. 58 Abs. 2 OG zu qualifizieren wäre. (Entsch. vom 15. Mai 1908 i. S. Probst, Chapuis & Wolf c. König.)

---

4. *I. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 80. Unzulässigkeit neuer Parteianträge vor Bundesgericht. In einem Haftpflichtprozesse, in dem der Beklagte sich vor den kantonalen Instanzen mit der Zusprechung eines Kapitals einverstanden erklärt hatte, kann er nicht vor Bundesgericht einen Antrag auf Zusprechung der Entschädigung in Rentenform stellen.*

II. Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahnen etc. vom 28. März 1905.

1. Art. 9: Wann ist Zusprechung einer Rente geboten?

2. Art. 8: Grobes Verschulden der Eisenbahnunternehmung.

Johann Albert Noser war Fuhrknecht im Dienste eines Maurermeisters in Rohr. Am 27. Februar 1906 abends nach 7 Uhr fuhr er mit einem leeren Langholzfuhrwerk von Wildegg nach Rohr zusammen mit einem anderen Fuhrmann, Niffeler, der ein ähnliches Gefährt führte. Die beiden hatten westlich

der Station Wildegg die Geleise der Beklagten zu kreuzen. Es befinden sich an jener Stelle der Hauptübergang der Strasse über die Bahn und 200 Meter westlich davon ein Nebenübergang bei den sogenannten Hardhäusern, dessen Barriere vermittelst Drahtzuges vom Hauptübergang her bedient wird. Noser und Niffeler schlugen den Weg über den Nebenübergang ein und zwar deshalb, weil der Hauptübergang in der fraglichen Zeit gewöhnlich sehr lang geschlossen war. Als Niffeler, der voran fuhr, das zweite, nördliche Geleise passierte, senkte sich die Barriere und brauste gleichzeitig der Schnellzug 36 Zürich-Olten heran. Niffeler konnte gerade noch durchkommen, während der dicht hinter ihm folgende Noser von dem mit 70 Kilometer Geschwindigkeit fahrenden Zug samt den zwei Pferden überfahren und getötet wurde.

Zug 36, der am Unfallabend keine Verspätung hatte, fährt 7.02 Uhr beim Wärterhaus am Hauptübergang der Strasse Wildegg-Rohr vorbei; kurz vorher, nämlich um 6.53 und 6.56 passieren daselbst die Züge 80 und 25. Laut Reglement sind die Strassenbarrieren 5 Minuten vor dem fahrplanmässigen Eintreffen eines Zuges zu schliessen und nach dem Durchfahren eines Zuges nur dann wieder zu öffnen, falls nicht innert 5 Minuten ein zweiter Zug kommt. Ausserdem sind die Barrierewärter angewiesen, beim Schliessen von Drahtzugbarrieren die grösste Aufmerksamkeit darauf zu verwenden, dass niemand unter die Schlagbäume gelangt oder zwischen ihnen eingeschlossen wird. Durch Urteil des Bezirksgerichts Lenzburg vom 31. Mai 1906 wurde der Wärterablöser Richner, der am Unfallabend als Bahnwärter beim Hauptübergang Dienst hatte, wegen fahrlässiger Eisenbahngefährdung zu 40 Franken Busse verurteilt, weil er durch unzeitiges Oeffnen bezw. durch zu spätes Schliessen der Drahtzugbarriere des Nebenübergangs den Unfall herbeigeführt hatte.

Witwe und Kinder Noser belangten die SBB auf Haftpflichtentschädigung. Das Obergericht des Kantons Aargau sprach den Klägern 5000 Franken nebst 5% Zins seit 27. Februar 1906 zu. Das Bundesgericht hat auf Berufung der Beklagten hin das Urteil dahin abgeändert, dass es eine jährliche Rente von 432 Franken und 1000 Franken auf Grund des Art. 8 EHG zusprach. Es hat dabei über die oben aufgeworfenen Fragen Folgendes ausgeführt:

I. Das Berufungsbegehren der Beklagten, es sei statt einer Kapitalsumme eine Rente zu sprechen, ist an sich nach Art. 80 OG unzulässig, weil die Beklagte vor den kantonalen Gerichten dies nicht verlangt hat, sondern im Gegenteil mit

der Zusprechung der Kapitalsumme einverstanden war.[1]) Da aber nach Art. 9 EHG vom 28. März 1905 der Richter bei der Wahl der Entschädigungsform nicht an die Anträge der Parteien gebunden ist, sondern hierüber nach freiem Ermessen entscheidet, und diese Bestimmung auch für das Bundesgericht Geltung hat (s. BGE **29** II S. 240 f.;[2]) die dortigen Erwägungen treffen a fortiori für das neue Gesetz zu), so ist die Frage, welche Form der Entschädigung den vorliegenden Verhältnissen angemessen sei, vom Bundesgericht von Amtes wegen zu prüfen.

II. 1. Das Bundesgericht hat wiederholt ausgesprochen, dass in Eisenbahnhaftpflichtfällen bei der Entschädigung der Hinterbliebenen des Verunglückten durch die Schweizerischen Bundesbahnen, deren künftige Zahlungsfähigkeit zweifellos ist, der Form der Rente vor der Kapitalform im allgemeinen der Vorzug zu geben ist. Das gilt zunächst ohne weiteres für die Kinder, weil bei ihnen für die Kapitalisierung der Alimentationsquote eine feste Grundlage fehlt, und weil bei der Rente mehr Gewähr besteht, dass die Entschädigung ihrem Zweck gemäss verwendet wird. Es trifft aber auch zu für die Witwe, sofern diese, was vorliegend anzunehmen ist, sich für eine kapitalistische Verwertung der Entschädigung als nicht gerade geeignet erweist (vergl. BGE **29** II S. 10, 241; **30** II S. 637). Darnach ist es angezeigt, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, dass den Klägern der Ersatz ihres Schadens in der Form der Rente zuerkannt wird.

2. Der Unfall ist mit der Vorinstanz auf ein grob fahrlässiges Verhalten des Wärterablösers Richner, das die Beklagte nach Art. 1 Abs. 2 l. c. zu vertreten hat, zurückzuführen (im Gegensatz zum Strafrichter, der nur eine leichtere Fahrlässigkeit angenommen hat). Richner hätte laut dem Reglement nach Durchfahrt des Zuges 25 um 6.56 Uhr und vor Durchfahrt des Schnellzuges 36 die Barrieren des Haupt- wie des Nebenübergangs überhaupt nicht öffnen sollen, und wenn er speziell die Barriere beim Nebenübergang, um Fussgängern gefällig zu sein, nach Zug 25 für einen Augenblick öffnen wollte, so hätte er sie doch sofort und nicht als Zug 36 bereits heranbrauste, wieder schliessen sollen, zumal er bei der herrschenden Dunkelheit völlig ausser Stande war, zu beobachten, was bei dem unbeleuchteten Nebenübergang vorging. Will man auch auf der einen Seite eine gewisse Entschul-

---

[1]) Vergl. hiezu Th. Weiss, Berufung, S. 161.
[2]) Revue **22** Nr. 19.

digung des Richner darin finden, dass dieser die Barriere wohl im Interesse der Fussgänger geöffnet hat, so fällt doch auf der andern Seite als erschwerend in Betracht, dass Richner Dienstvorschriften missachtet hat, von deren strikten Befolgung das Leben und die körperliche Integrität der mit der Bahn in Berührung kommenden Personen abhängen und mit deren Beobachtung es daher nicht leicht genommen werden darf. Die Gefahr, die mit einem Oeffnen oder zu späten Schliessen der fraglichen Barrieren für das Publikum und auch die Bahn verbunden war, war denn auch augenscheinlich und dringend und musste jedem, auch dem von Natur minder Sorgfältigen, sofort zum Bewusstsein kommen. Gerade hierin kann aber das Kriterium der groben Fahrlässigkeit im Sinne des EHG erblickt werden (vergl. BGE **30** II S. 489).[1] (Entsch. vom 3. Juni 1908 i. S. Noser c. SBB.)

---

5. *Handlungsunfähigkeit. Ueberprüfungsbefugnis des Bundesgerichts als Berufungsinstanz bei Beurteilung dieser Frage. B.-Ges. über die persönliche Handlungsfähigkeit, vom 22. Juni 1881, Art. 4; B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 81: Tat- und Rechtsfrage.*

Die Beklagte, Witwe des am 14. März 1907 an progressiver Paralyse gestorbenen H. D., wurde von der Klägerin auf Bezahlung des Kaufpreises für im Dezember 1904 von D. bestelltes Mobiliar belangt. Sie machte geltend, D. sei zur Zeit der Bestellung handlungsunfähig gewesen. Die letzte kantonale Instanz verwarf diesen Einwand auf Grund eines Beweisverfahrens und im Gegensatze zur ärztlichen Expertise. Die von der Beklagten hiegegen ergriffene Berufung, mit der sie u. a. auch den Antrag auf Erhebung einer Oberexpertise gestellt hatte, ist vom Bundesgerichte mit folgender Begründung abgewiesen worden:

(3.) Die von der Beklagten eingelegte Berufung kann nur dann von Erfolg sein, wenn das Urteil auf Verletzung von Bundesrecht beruht, d. h., auf den konkreten Fall angewendet, wenn die Vorinstanz entweder von einem unrichtigen Begriff der Handlungsunfähigkeit im Sinne des Art. 4 HfG ausgegangen ist oder wenn die Subsumtion der festgestellten Tatsachen unter den Rechtsbegriff der Handlungsunfähigkeit als unrichtige rechtliche Würdigung der Tatsachen erscheint

---

[1]) Revue **23** Nr. 64.

(Art. 57 OG). (Vergl. AS **32** II S. 748 f. E. 4.)[1]) Nun ist es zunächst vollständig richtig und entspricht der bundesgerichtlichen Praxis, dass Handlungsunfähigkeit, Beraubung des Vernunftgebrauches, nicht identisch ist mit geistiger Erkrankung (vergl. a. a. O. S. 750 f.); es fragt sich vielmehr in jedem einzelnen Falle, wie weit die Geisteskrankheit schon vorgeschritten ist und wie weit sie vorgeschritten sein muss, damit Handlungsunfähigkeit im Sinne des Gesetzes angenommen werden könne. Den Gang der Erkrankung, den Grad in einem gewissen Zeitpunkt festzustellen ist Sache der dem kantonalen Tatrichter obliegenden tatsächlichen Feststellung, nötigenfalls (d. h. wohl immer) auf Grund eines Beweisverfahrens und der sich daran schliessenden Beweiswürdigung. Die Vorinstanz ist nun auf das vor erster Instanz durchgeführte Beweisverfahren eingetreten und hat auf Grund desselben ihre Beweiswürdigung und ihre tatsächlichen Feststellungen vorgenommen. Danach steht zunächst fest, was denn auch heute von der Klägerin nicht bestritten ist, dass D. schon seit dem Frühjahr 1904, längere Zeit vor den streitigen Bestellungen, an progressiver Paralyse im Anfangsstadium litt, ohne dass damals die Krankheit weder von seiner Umgebung noch von seinem Hausarzt erkannt worden wäre. Noch Ende März 1905, ca. $3^1/_2$ Monate nach dem Datum der Bestellungen, hat der Hausarzt Dr. Sch., der damals von D. konsultiert wurde, die geistige Erkrankung nicht erkannt, sondern nur eine geistige Abspannung und nervöse Ueberreiztheit angenommen. Erst im Mai 1905, als D. den Professor v. Monakow konsultierte, erkannte dieser die Krankheit als solche. Im Sommer 1905 wurde D. in die luzernische Heil- und Pflegeanstalt St. Urban verbracht, wo er am 14. März 1907 infolge dieser Krankheit starb. Ueber die übrigen Tatsachen, die den Schluss auf die Handlungsunfähigkeit ermöglichen sollten, hatte sich das Beweisverfahren zu erstrecken, und dabei war es, wie die Vorinstanz wiederum richtig entschieden hat, Sache der Beklagten, den strikten Nachweis der Handlungsunfähigkeit (d. h. der den Schluss darauf zulassenden Tatsachen) im Momente des Vertragsabschlusses zu erbringen. Der Entscheid der Vorinstanz, der sich mit dieser Frage befasst, bewegt sich nun ausschliesslich auf dem Gebiete der Beweiswürdigung, die dem kantonalen Richter abschliessend zusteht. Sache der Beweiswürdigung ist zunächst die Frage der Glaubwürdigkeit und Zuverlässigkeit der Zeugenaussagen; weiter aber auch

---

[1]) Revue **25** Nr. 36.

die Frage, ob von den für das gleiche Beweisthema angerufenen Zeugen alle oder nur ein Teil einzuvernehmen waren; in letzterer Beziehung wäre nämlich denkbar, dass die Vorinstanz, in einer anticipando-Beweiswürdigung, die Zeugenaussagen von vornherein als nicht beweisbildend ansehen würde. Beweiswürdigung ist aber auch die Würdigung der Expertise, soweit es ihren Beweiswert für den Beweis von Tatsachen medizinischer Natur und ihr Verhältnis zu den Zeugenaussagen und Urkunden betrifft; es ist daher ausschliesslich Sache der Vorinstanz, ob sie die vom Experten als festgestellt erachteten Tatsachen ebenfalls als festgestellt erachten will und ob sie die vom Experten gezogenen Schlüsse medizinischer Natur als überzeugend begründet hält. Die rechtliche Beurteilung, in der auch das Bundesgericht frei ist, tritt dagegen ein bei Prüfung der Frage (die grundsätzlich nicht von Experten, sondern vom Richter zu entscheiden ist), ob D. zur Zeit des Vertragsabschlusses „gänzlich handlungsunfähig" war.

(4.) An Hand dieser Grundsätze ergibt sich zunächst die Unhaltbarkeit der von der Beklagten eventuell gestellten Aktenvervollständigungs- (und Rückweisungs-)anträge. Diese Anträge sind nicht gerichtet auf Abnahme eines von der Vorinstanz aus Rechtsirrtum als unerheblich betrachteten Beweises, der als erheblich zu betrachten ist, sondern sie bezwecken eine Umstossung des von der Vorinstanz verbindlich, in der ihr souverän zukommenden Beweiswürdigung, festgestellten Tatbestandes: sie sollen den Vorderrichter veranlassen, eine neue Beweiswürdigung auf Grund erweiterten Aktenmaterials, eine Nachprüfung seiner Beweiswürdigung vorzunehmen. Hiezu dient aber das Rechtsmittel der Berufung und damit auch der Aktenvervollständigungs- und Rückweisungsentscheid nach Art. 82 Abs. 2 OG nicht. Abgesehen hievon ist der Antrag auf weitere Einvernahme von Zeugen auch deswegen unstatthaft, weil er vor Obergericht, nach dem gemäss Ausspruch der Kassationsinstanz als massgebend zu betrachtenden obergerichtlichen Protokoll und Urteil, nicht mehr gestellt worden war, die Beklagte vielmehr darauf verzichtet hatte; vor Bundesgericht kann daher die Beklagte hierauf, gemäss dem in Art. 80 OG niedergelegten Grundsatz, nicht zurückgreifen. Dass, wie die Kassationsinstanz dargetan hat, die Vorinstanz befugt gewesen wäre, von sich aus die Zeugeneinvernahme anzuordnen, vermag eine Rückweisung nicht zu begründen, da eben die Nichteinvernahme keinesfalls in Verletzung von Bundesrecht erfolgt ist, und die Rückweisung nur den oben gedachten, unzulässigen Zweck der Ergänzung der

Beweiswürdigung haben könnte. Diesem unstatthaften Zweck und daneben dem andern, eine neue rechtliche Beurteilung auf Grund erweiterten tatsächlichen Prozessstoffes herbeizuführen, würde aber auch eine Oberexpertise dienen: durch Anordnung einer Oberexpertise würde die Vorinstanz, die auf Grund ihres Beweiswürdigungsrechts im freien Ermessen ihre tatsächlichen Feststellungen getroffen und daraus ihre Rechtsschlüsse gezogen hat, verpflichtet, eine nochmalige Beweiswürdigung vorzunehmen; es würde ihr, obschon sie rechtlich, und jedenfalls vom Standpunkte des Bundesrechts aus, zu einer Oberexpertise gar nicht verhalten werden könnte, eine solche aufgebürdet. Das ist eben unzulässig, weil die beantragte Expertise nicht etwa als Hilfsmittel für allgemein medizinische Fragen über progressive Paralyse, sondern zur Feststellung des Tatbestandes dienen soll (vergl. Th. Weiss, Berufung, S. 243 f., 247); dieser Tatbestand ist aber schon festgestellt, und damit hat die Vorinstanz bekundet, dass sie ihn feststellen konnte ohne (Ober-)Expertise.

(5.) Hat sonach das Bundesgericht sein Endurteil auf Grund der vorhandenen Aktenlage zu fällen, so folgt daraus ohne weiteres die Bestätigung des angefochtenen Urteils. Denn vorerst ist der vorinstanzlich festgestellte Tatbestand nicht aktenwidrig. Die daraus gezogenen Schlüsse gehen dahin, dass nicht mehr erwiesen ist, als dass D. zur Zeit des Vertragsabschlusses im Anfangsstadium einer progressiven Paralyse sich befand. Es ist aber klar, dass damit der Schluss auf „Beraubung des Vernunftgebrauches“ und gänzliche Handlungsunfähigkeit nicht gegeben ist; der Experte hat diesen Schluss in willkürlicher, jedenfalls nicht überzeugender Weise gezogen, wie die Vorinstanz (soweit das vom Bundesgericht überhaupt nachzuprüfen ist) zutreffend und eingehend dargelegt hat. (Entsch. vom 20. Juni 1908 i. S. Diekob c. Lips.)

---

6. *I. Zustandekommen gültiger Willenserklärungen durch Unterschreiben einer Urkunde, auch wenn der Unterschreibende vom Inhalt der Urkunde keine Kenntnis hat.*

II. Wesentlicher Irrtum. Art. 19, spez. Ziff. 1 OR.

Die Klägerin Sch. hatte eine französisch redigierte Schuldanerkennung zu gunsten ihres Verlobten H. unterschrieben, in der sie sich gegenüber B. als solidarische Mitschuldnerin für die Verpflichtungen des H. aus einem Mietvertrage, von dem sie Kenntnis zu haben erklärte, konstituierte und demgemäss anerkannte, bestimmte Beträge zu schulden. Sie focht

in der Folge diese Schuldanerkennung an wegen Betrugs und Irrtums. Im Prozesse wurde festgestellt, dass die Klägerin, weil der französischen Sprache nicht mächtig, den Inhalt der Schuldanerkennung nicht verstanden hatte und dass ihr von H. mitgeteilt worden war, es handle sich um eine terminierte einfache Bürgschaft für ein Hypothekardarlehen. Die Klage wurde in allen Instanzen gutgeheissen, wobei das Bundesgericht letztinstanzlich in grundsätzlicher Beziehung folgendes ausführte:

I. (3.) Vor Entscheidung der Frage, ob die Schuldübernahme der Klägerin wegen Irrtums oder Betrugs angefochten werden könne, ist die andere Frage zu untersuchen, ob überhaupt im Schuldübernahmeakt vom 22. März 1906 eine Willenserklärung der Klägerin enthalten sei. Die Erklärung erfolgte durch Unterzeichnung eines vom Gegner aufgesetzten Erklärungsinhalts, den die Klägerin selber direkt nicht verstehen konnte. Würde zu den Erfordernissen einer Willenserklärung gerechnet, dass die Kundgebung mit Mitteln geschehe, die an sich auf einen dahinter stehenden Willen schliessen lassen, oder gar, dass der Inhalt der Kundgebung dem Erklärenden überhaupt bewusst sein könne, so müsste in Fällen, wo der Erklärende nichts verstanden hat vom scheinbar Erklärten, das Vorliegen einer Erklärung überhaupt verneint werden. Es steht in casu fest, dass die Klägerin nichts von dem verstanden hat, was sie unterschrieb, und es ergibt sich auch aus den Feststellungen der Vorinstanz, an die das Bundesgericht gebunden ist, dass ihr der Inhalt der von ihr unterschriebenen Erklärung nicht etwa vom Gläubiger oder seinem Vertreter übersetzt oder erklärt worden ist. Dagegen hat H., also für die Parteien ein Dritter, der hiebei wie ein Bote als Uebermittler der Erklärungen der Parteien handelte, die beidseitigen Erklärungen entgegen genommen und je an die andere Partei weitergegeben. Es liesse sich nun die Ansicht vertreten, dass als Willenserklärung der Klägerin nur das in Betracht komme, was sie dem H. erklärte, mit der Begründung, da die Unterschrift ohne Erfassen des Unterschriebenen keine Erklärung sei, sondern als Erklärung nur erscheinen könne, weil der Inhalt durch einen Dritten erklärt wurde, so sei auch nur das diesem Dritten gegenüber Geäusserte die Willenserklärung. Dann ergäbe sich aus den Feststellungen der Vorinstanz, dass die Klägerin überhaupt die in Schrift vorliegende Erklärung gar nicht abgegeben hat. Es wäre dann eine absichtliche Entstellung der Erklärung durch den übermittelten Boten anzunehmen und für eine solche hätte der Erklärende nich

einzustehen (vergl. Hölder, Kommentar zu § 120; Dernburg, bürg. R. I, § 145 V, Crome, System I, S. 422). Allein der Ausgangspunkt für diese Auffassung ist unrichtig. Der entscheidende Standpunkt ist eben, gemäss der vom Bundesgericht stets vertretenen Erklärungs- oder Vertrauenstheorie, der des Empfängers der Erklärung. Massgebend ist für diese Frage, was er als vom Erklärenden ausgehenden Erklärungsinhalt annehmen durfte und was er als Erklärungsmittel des Erklärenden halten konnte; wenn nur, was hier zutrifft, eine Kundgebung mit dem Zwecke der Erklärung gegenüber dem Gegner vorliegt und keine scheinbare Aeusserung. Es ist deshalb auch zu sagen, dass es zum Vorliegen einer Willenserklärung eines Bewusstseins über deren Inhalt überhaupt nicht bedarf. Der Erklärende kann es der Einsicht des Gegners oder Dritter überlassen, dass ihm nichts zum Unterzeichnen hingelegt wird, was er nicht will, und blindlings Nichtverstandenes unterzeichnen, ohne dass deshalb die Existenz der Erklärung bezweifelt werden könnte (so Hölder, § 119 Anm. 2, und namentlich Manigk, Willenserklärungen, S. 185 und 459). Es kann daher nicht so argumentiert werden, weil die Klägerin die Erklärung nicht verstehen konnte, liege keine Erklärung in dem Schriftstück, und es müsse deshalb auf die Erklärung gegenüber H. (als dem Uebermittler derselben) zurückgegangen werden, um zu wissen, was die Klägerin überhaupt erklärt hat. Der Gegner braucht nicht zu untersuchen, ob der Erklärende überhaupt oder durch wen er Kenntnis vom Inhalt erhielt. Es ist dabei zu beachten, dass die Parteien die Schriftform für die Schuldübernahme vorgesehen haben und dass eine Bindung vor der Erfüllung derselben nicht eintrat, oder dass doch, wenn auch keine Schriftform als vereinbart angenommen wird, die Urkunde eine sogenannte Dispositivurkunde sein sollte, d. h. eine solche, durch welche der verpflichtende Akt geschaffen, nicht nur über vorher ergangene Verpflichtungsakte relatiert wird. Nicht die mündlich ausgetauschten Erklärungen fallen daher in Betracht, sondern die Schrift. Der Klägerin fehlte aber — und das ist hier allein massgebend — das Bewusstsein nicht, dass das Unterschreiben auch den Zweck hatte, das Unterschriebene zu genehmigen d. h. zu seinem Willensinhalte zu machen; ihr ehlte nur das Bewusstsein über den Inhalt dessen, das sie ich dadurch aneignete. Dieses Bewusstsein des Inhalts kommt ber nicht in Betracht für die Frage nach der Existenz der rklärung. Vom Standpunkte dieser Auffassung aus wäre as Vorliegen einer Willenserklärung nur dann abzulehnen,

wenn der Erklärungsgegner weiss oder wissen muss, dass das ihm Erklärte nicht erklärt werden wollte (Manigk, S. 459). Hiefür fehlen aber genügende Anhaltspunkte. . . . .

II. (4.) Ist daher von der Urkunde als dem erklärten Willensinhalt auszugehen, so kann nun aber diese Erklärung auf Grund von Art. 19 OR angefochten werden, wenn der Wille mit der Erklärung nicht übereinstimmt. Ein solcher Irrtum im Erklärungsakte liegt nun hier vor, da feststeht, dass die Klägerin eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte. . . . .

(5.) Ist aber demgemäss die Annahme zu grunde zu legen, dass die Klägerin unmittelbar vor der Unterzeichnung demjenigen, der allein ihr den Inhalt der Urkunde zur Kenntnis brachte, einen Inhalt als in ihrem Willen liegend erklärte und dass eine Sinnesänderung der Klägerin zwischen dieser Aeusserung und der Unterschrift ausgeschlossen ist, so ist damit nachgewiesen, dass Wille und Erklärung sich nicht deckten. Eine solche Diskrepanz zwischen Wille und Erklärung kann vom Irrenden releviert werden, auch wenn der Irrtum durch sein eigenes Verschulden hervorgerufen wurde. Das ergibt sich aus Art. 23 OR, der trotz der eigenen Fahrlässigkeit des Anfechtenden die Anfechtung wegen Irrtums zulässt. Die einzige Voraussetzung dieser Anfechtung besteht darin, dass der Irrtum ein wesentlicher sein muss.

(6.) Die Divergenz zwischen dem Erklärten und dem Gewollten ist aber im vorliegenden Falle jedenfalls wesentlich und zwar im Sinne von Art. 19 Ziff. 1, vielleicht auch nach Ziff. 4. Stellt man mit v. Tuhr, Zeitschr. f. schw. R. N. F. 15 S. 304, für die Frage, ob ein anderer Vertrag gewollt war, auf die in der Rechtslehre anerkannten Haupttypen der Verträge ab, so ist Schuldübernahme etwas anderes als Bürgschaft. Der Unterschied zwischen der terminierten einfachen Bürgschaft und der solidarischen Schuldübernahme ist so gross, dass aliud anzunehmen ist. Jedenfalls aber ist die Leistung eines zeitlich unbegrenzt haftenden solidaren Mitschuldners erheblich umfangreicher, als diejenige eines nur auf sechs Monate haftenden Terminbürgen. Wäre aber auch keiner der Fälle von Art. 19 Ziff. 1—4 OR vorhanden, so müsste die Wesentlichkeit bei der vorliegenden Divergenz zwischen Wille und Erklärung doch angenommen werden, denn die dort angeführten Fälle sind nur exemplikativ, nicht limitativ verstanden. Ob dabei das gewollte Geschäft (die Bürgschaft) im Endeffekt vielleicht weniger günstig hätte sein können, als die Solidarschuldübernahme, wie der Be-

klagte vor den Vorinstanzen behauptete, ist irrelevant; für die Wesentlichkeit der Divergenz kommt es nicht auf das finanzielle Endergebnis an, und übrigens ist diese Behauptung auch evident unzutreffend, wenn man die Terminbürgschaft mit der Schuldübernahme vergleicht. . . . . Ein solcher Irrtum über die Natur des gewollten Vertrages ist jedenfalls nicht als Irrtum im Motiv aufzufassen. Im weiteren Sinne ist ja allerdings auch die Vorstellung über diesen Inhalt des Erklärten ein Motiv zur Abgabe der Erklärung; allein in dieser weitern Fassung wäre jeder Irrtum ein solcher im Motiv. Unter letzterem ist aber nur ein solcher verstanden, der sich nicht auf den nach Art. 19 wesentlichen Inhalt des Erklärten bezieht (Staudinger I, S. 352).. (Entsch. vom 16. Juli 1908 i. S. Barbezat c. Schenker.)

---

7. *Bundesgesetz über die Abtretung von Privatrechten, vom 1. Mai 1850, Art. 23, spez. Abs. 2 und 3. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 50 Ziff. 9. Kompetenz des Bundesgerichts als einziger Instanz. Die durch die Planauflage einem Expropriaten verursachten Kosten (Umtriebe, Anwaltkosten u. s. w.) fallen nicht unter den auf Grund dieser Bestimmungen zu beurteilenden Schaden.*

Begründung: Nach Art. 23 Abs. 2 und 3 des Gesetzes ist die dem Bundesgericht hier (und entsprechend in Art. 50 OG) eingeräumte Entscheidungskompetenz in unzweideutiger Weise beschränkt auf Ersatzforderungen für Schaden, welcher mit der Beschränkung der tatsächlichen oder rechtlichen Verfügung über die von einer geplanten Expropriation betroffenen Objekte in ursächlichem Zusammenhange steht. Die von der vorliegenden Klage umfassten Forderungsposten — Anwaltskosten und Umtriebe — aber können schlechterdings nicht in diesen klar abgegrenzten Kompetenzbereich einbezogen werden. Der Kläger behauptet gar nicht, während der Dauer der streitigen Planauflage und ihr zufolge an irgend welcher beabsichtigten tatsächlichen oder rechtlichen Verfügung über den in Betracht fallenden Grund und Boden verhindert und dadurch geschädigt worden zu sein, und macht auch nicht etwa geltend, dass ihm die eingeklagten Unkosten für Bemühungen zur Vermeidung solcher Schädigung erwachsen seien. Die in der Klage angerufenen Präjudizien (AS **3** Nr. 59 S. 345 ff., und **21** Nr. 12 S. 81 ff.) treffen daher nicht zu; denn in beiden Fällen standen wirkliche Schädigungen zufolge des durch die

Planauflage gebotenen Verhaltens der Expropriaten in Frage, und die im ersteren Falle (l. c. Erwg. 7 S. 354) daneben noch entschädigten „mannigfachen Umtriebe“ sind ausdrücklich als durch die ungewöhnlich lange Dauer der Planauflage und Beschränkung der Verfügungsfreiheit verursacht bezeichnet. Ein solcher Kausalnexus aber fehlt hier. Die eingeklagten Unkosten sind allerdings durch Vorkehren entstanden, welche die Planauflage veranlasst hat, allein diese Vorkehren stehen nicht in Beziehung zu Beschränkungen der Verfügungsfreiheit über das Expropriationsobjekt, sondern betreffen die Wahrung anderweitiger Interessen des Klägers als Expropriaten. Jene Unkosten sind daher in Ermangelung einer sie ausdrücklich umfassenden Spezialnorm am allgemeinen Gerichtsstande für Forderungsansprüche gegen die Beklagte geltend zu machen. (Entsch. vom 9. Juli 1908 i. S. Schwytzer c. Seetalbahngesellschaft.)

---

8. *Bundesgesetz über die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb, vom 25. Juni 1881, Art. 9, speziell Abs. 1 und 3. Verhältnis von Haftpflicht und Versicherung; Abzug der vom Versicherer bezahlten Beträge. 1. Die Versicherung muss alle Betriebsunfälle und Betriebskrankheiten umfassen, auch mit dem Betriebe im Zusammenhange stehende Unfälle, die durch die Haftpflicht nicht gedeckt sind, das jedoch im Anschluss an die allgemeinen versicherungsrechtlichen Grundsätze. — 2. Grundsätze für die Berechnung des Prämienbetrages: es kommt auf die tatsächliche Prämie an.*

Der Kläger erlitt als Arbeiter bei der Beklagten einen Unfall. In dem daraus entstehenden Haftpflichtprozesse war u. a. streitig, welchen Abzug der Kläger sich an der Unfallsentschädigung wegen Zahlung der Versicherungssumme anrechnen lassen müsse. Die Beklagte hatte nämlich bei der Gesellschaft „Zürich“ Versicherung genommen zu Gunsten ihrer Arbeiter gegen Betriebsunfälle und zwar in Todes- und Invaliditätsfällen auf den Betrag des tausendfachen durchschnittlichen Taglohnes des Verletzten, im übrigen für die Dauer der ärztlichen Behandlung auf den Betrag des ausfallenden Lohnes, in Haftpflichtfällen ausserdem mit Vergütung der Heilungskosten. Die Prämie betrug 5,2 % des Gesamtjahreslohnes von Fr. 280,000, die an die Arbeiter bezahlten Prämien von der Beklagten nicht eingerechnet. Von den 5,2 % Prämie trägt die Beklagte 3,2 und die Arbeiter tragen, in Form eines Lohnabzugs, 2 %. Aus den Versicherungs-

bedingungen sind noch folgende Bestimmungen hervorzuheben: Nach § 1 versichert die Gesellschaft das Arbeitspersonal der Beklagten gegen Betriebsunfälle. § 2. „Als Unfall im Sinne „der Versicherung gilt eine durch den deklarierten Betrieb „verursachte und vermittelst plötzlicher Einwirkung äusserer „Gewalt eintretende Körperverletzung. — Krankheitszustände „oder durch solche bedingte Körperschädigungen fallen nicht „unter die Versicherung. — Ferner sind Unfälle, welche sich „bei offenbarer Trunkenheit des Betroffenen ereignen, oder „welche durch Erdbeben, Blitzschlag, Krieg, Aufruhr, Streik „und Raufereien herbeigeführt werden, durch die Versicherung „nicht gedeckt.“ § 11 Abs. 2: „Im Falle von Unrichtigkeit „der Deklaration kann die Gesellschaft die sofortige Auf„hebung der Versicherung ohne Prämien-Rückvergütung ver„langen.“ § 3: „Blinde, lahme, taube, epileptische, geistes„gestörte und solche Personen, welche schon von Schlagfluss „betroffen worden, sind von der Versicherung ausgeschlossen, „und sobald einer der eben erwähnten Umstände bei einem „Versicherten sich zeigt, hört derselbe auf, versichert zu sein. „Ebenso sind Kinder, die in einem Alter stehen, in welchem „sie nach Gesetz oder Verordnung zur Arbeit in dem betreffen„den Betriebe nicht verwendet werden dürfen, nicht ver„sicherungsfähig.“ Die §§ 22—27 fixieren die Entschädigung in den verschiedenen Fällen. § 28: „Sofern ein nach diesen „Bedingungen (§§ 1—3) durch die Versicherung gedeckter „Betriebsunfall gemäss den Bundesgesetzen betreffend die „Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881, bezw. die „Ausdehnung der Haftpflicht vom 26. April 1887, die Haft„pflicht des Versicherungsnehmers begründet, vergütet die „Gesellschaft an Stelle der sub §§ 22—27 dieser Bedingungen „festgesetzten Beträge die entweder durch Vergleich oder Ur„teil bestimmte Haftpflichtentschädigung, sowie die eventuell „entstehenden Prozesskosten, im vollen Umfange, vorausgesetzt „dass a) der Unfall nicht durch eine strafrechtlich verfolgbare „Handlung des Versicherungsnehmers herbeigeführt wurde; b) . . .“ etc.

Die Beklagte beglich für den Kläger die Spitalkosten (188 Tage) und bezahlte ihm während der Heilung im Laufe der Zeit Fr. 665.20. Ferner bezahlte die Gesellschaft „Zürich“ namens der Beklagten dem Kläger am 14. September 1906 gegen „einfache Quittung“ Fr. 4800.— für bleibenden Nachteil und zwar auf Grund folgender Rechnung: Da der Schaden das Maximum von Fr. 6000 erheblich übersteige, werde vom Maximum ein Zufallsabzug von nur Fr. 400 gemacht; Fr. 665.20

habe der Kläger für vorübergehende vollständige Arbeitsunfähigkeit erhalten, ausserdem für 188 Spitaltage den sogenannten Spitalfranken, der ebenfalls ins Maximum einzurechnen sei; mit den Fr. 4800 ergebe sich eine Entschädigung von Fr. 5653.20, also mehr als der Betrag, auf den der Kläger Anspruch habe.

Der Kläger belangte die Beklagte auf Zahlung von Fr. 9306 nebst 5 % Zins seit dem Unfall abzüglich die erhaltenen Fr. 4800. Die das Maximum übersteigende Forderung von Fr. 3306 wurde aus Art. 9 FHG wie folgt begründet: Der Kläger sei von der Beklagten nur für seinen Taglohn und nicht auch die Arbeitsprämie, die einen Teil seines Berufseinkommens ausmache, versichert worden. Die Versicherung habe also keine volle Deckung des Risikos gewährt und entspreche daher nicht den Anforderungen des Art. 9 Abs. 3, da die Versicherung gegen alle Unfälle nach dieser Bestimmung immer im Sinne voller Schadensdeckung verstanden worden sei. Ferner habe die Beklagte nicht die Hälfte der Versicherungsprämie bezahlt, die sie bei dem Gesetze entsprechender voller Versicherung und auch nach dem Versicherungsvertrag hätte bezahlen müssen. Wäre der Kläger nicht bloss für sein Einkommen an Taglohn von jährlich Fr. 810, sondern auch für die Arbeitsprämie von Fr. 300, also für ein Jahreseinkommen von Fr. 1110 versichert gewesen, so hätte die Versicherungsprämie Fr. 57.72 betragen, und von dieser Prämie habe die Beklagte mit Fr. 25.95 (3 % von Fr. 810) nur 44,9 % bezahlt. Nach Art. 9 Abs. 1 und 3 l. c. brauche sich der Kläger daher nur denjenigen Teil der ihm bezahlten Versicherungsentschädigung auf die Haftpflichtentschädigung anrechnen zu lassen, der der Prämienzahlung der Beklagten entspreche, nämlich 2294 (44,9 % von Fr. 5600), während er den Rest von Fr. 3306 ausser der Haftpflichtentschädigung von Fr. 6000 beanspruche. Vor der zweiten kantonalen Instanz hat der Kläger ausserdem noch geltend gemacht, dass die Versicherung auch deshalb dem Art. 9 Abs. 3 nicht entspreche, weil sie nur die haftpflichtigen Betriebsunfälle und nicht alle Unfälle und Krankheiten umfasse.

Das Bundesgericht hat diesen Anspruch aus Art. 9 abgewiesen und sich dabei wie folgt ausgesprochen:

(5.) Der Anspruch des Klägers, sich nur einen Teil des von der Gesellschaft „Zürich“ ihm für bleibenden Nachteil bezahlten Betrages von Fr. 4800, nämlich Fr. 2294, auf die Haftpflichtentschädigung anrechnen zu lassen, stützt sich auf Art. 9 Abs. 3 und 1 FHG. Nach Abs. 3 hat der Betriebsunter-

nehmer nur dann ein Recht auf Abzug der vom Versicherer bezahlten Beträge, wenn die Versicherung, an welche er beiträgt, alle Unfälle und Erkrankungen umfasst. Ob der Unternehmer beim Fehlen dieser Voraussetzung von der Versicherungsentschädigung gar nichts abrechnen darf, wofür der Wortlaut des Abs. 3 zu sprechen scheint, oder ob er nur nicht mehr abziehen kann, als die seinem Prämienbeitrag prozentual entsprechende Summe, worauf der Zusammenhang mit Abs. 1 und 2 weist, kann dahingestellt bleiben, weil der Kläger selber nur das letztere beansprucht und zudem die von der Beklagten zu Gunsten ihrer Arbeiter eingegangene Versicherung, wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, dem Erfordernis des Abs. 3 entspricht.

Die genannte Bestimmung, die erst in letzter Stunde in der Beratung im Nationalrat (Sitzung vom 24. Juni 1881) in die Gesetzesvorlage hineingelangt ist, ist trotz der allgemeinen Formulierung nicht dahin zu verstehen, dass die Versicherung alle Unfälle der Arbeiter, auch diejenigen, die mit dem Betriebe in keiner Beziehung sind, decken müsse. Dies kann, ganz abgesehen von der Stellung des Abs. 3 im Zusammenhang des Haftpflichtrechts, um deswillen unmöglich die Meinung des Gesetzes sein, weil dadurch ein Hauptzweck des Art. 9, die Versicherung zu fördern, zum grössten Teil vereitelt würde: Die Versicherung aller Unfälle der Arbeiter in der gedachten Bedeutung wäre eine derart schwere Last für den Arbeitgeber, dass er lieber auf die Versicherung überhaupt verzichten würde. Auch ist nicht zu verkennen, dass die korporative Versicherung von Unternehmer und Arbeiter oder die Versicherung der letztern durch den erstern im Sinne des Art. 9 Abs. 1 auf dem Gedanken einer Interessengemeinschaft beruht, die nach der Natur der Sache nicht über den Betrieb hinausreicht. Diese Auslegung, für die ferner die Entstehungsgeschichte des Gesetzes spricht (s. hierüber Bericht des eidgenössischen Versicherungsamtes 1895 LXXVII f.), hat denn auch, soweit ersichtlich, allein in der Praxis der kantonalen Gerichte Anklang gefunden (Bl. f. hdlsr. Entsch. **11** S. 11 f. [Urteil von Zürich], Journ. d. Trib. 1889 S. 254 f.; 1892 S. 749; 1894 S. 249 [die letzten drei Urteile von Waadt]), und sie wird auch in der Literatur überwiegend vertreten (Burckhardt in der Zeitschr. f. schweiz. R. **32** S. 19 f.; Mousson, Haftpflicht und Versicherung S. 139 f.; Soldan, Respons. d. fabric. 2. Aufl. S. 87 f.; s. auch Bericht des eidgenössischen Versicherungsamtes a. a. O.). Darnach ist es nach Art. 9 Abs. 3 als genügend zu erachten, wenn die Versicherung die mit dem

Betrieb in Zusammenhang stehenden Unfälle, die Betriebsunfälle, umfasst. Das Entsprechende muss dann aber folgerichtig (entgegen der Auffassung von Burckhardt und Mousson) auch für das Verhältnis der Versicherung zu den „Erkrankungen" gelten, womit wiederum nicht alle Krankheiten, sondern nur die Berufskrankheiten im Sinne des Art. 3 gemeint sein können. Das Gesetz in letzterer Hinsicht grundsätzlich ganz anders auszulegen, als in Bezug auf die Unfälle, die in der Versicherung inbegriffen sein sollen, liesse sich nur durch absolut zwingende Gründe, wie sie nicht ersichtlich sind, rechtfertigen.

In Ansehung der Erkrankungen weist, um dies vorweg zu nehmen, die von der Beklagten zu Gunsten ihrer Arbeiter genommene Versicherung jedenfalls keinen Mangel von Art. 9 Abs. 3 auf, wenn schon sie sich nicht auf Berufskrankheiten bezieht, denn nach der Behauptung der Beklagten, die durch ein bei den Akten liegendes schriftliches Zeugnis ihres Arztes bestätigt wird, kommen in ihrem Betrieb keine solchen Erkrankungen vor. Der Kläger hat dies zwar bestritten; da er aber nicht angegeben hat, welche Berufskrankheiten der Betrieb der Beklagten mit sich bringen soll, kann er mit seiner ganz allgemeinen Bestreitung nicht gehört werden.

(6.) Wenn aber auch die Versicherung nicht über die Betriebsunfälle hinauszugehen braucht, so ist doch andererseits, damit nicht einfach die Haftpflicht (zum Teil) auf den Arbeiter ohne Aequivalent für dessen Leistungen an die Versicherung abgewälzt sei, nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes zu verlangen, dass die Versicherung, die dem Unternehmer Anspruch auf alle Abzüge geben soll, in praktisch bedeutsamer Weise weiter reicht, als die Haftpflicht. Doch ist dieses Requisit nicht dahin zu deuten, dass die Versicherung den vollen Schaden, sei es über das Maximum hinaus (was auch vom Kläger nicht geltend gemacht ist), sei es innerhalb des Maximums, decken muss. Der Text des Abs. 3, der lediglich von der Versicherung aller Unfälle und nicht von der Höhe der Versicherung spricht, liefert für eine solche Auslegung keine Anhaltspunkte, und auch die Ratio des Gesetzes zwingt nicht dazu: Das Gleichgewicht zwischen Leistung des Arbeiters für die Versicherung und Mehrleistung des letztern über die Haftpflicht hinaus kann auch bei einer Versicherung nur eines Teils des Schadens gewährt sein, da hiebei auch der den Arbeiter treffende Prämienbetrag entsprechend geringer ist und der Arbeitgeber für den nicht gedeckten Teil des Schadens nach Haftpflichtrecht aufzukommen hat, — in-

sofern nur die Versicherung nach anderer Richtung mehr als die Haftpflicht bietet. Die Ausführungen des Klägers, dass er nicht „für sein ganzes Arbeitseinkommen versichert“ gewesen sei, weil die Versicherungsprämie nur vom Taglohn und nicht auch von der Arbeitsprämie bezahlt wurde, ist daher vom Standpunkt des Abs. 3 aus unbehelflich. Die vom Gesetze postulierte Mehrleistung der Versicherung ist vielmehr nach richtiger Interpretation darin zu suchen, dass sie sich auch auf solche mit dem Betrieb in Zusammenhang stehende Unfälle erstreckt, die durch die Haftpflicht nicht gedeckt sind. In welchem Masse dies der Fall sein soll, lässt sich indessen nicht ein für allemal generell bestimmen, sondern es kommt hiebei mit auf den jeweiligen Stand von Versicherungsrecht und Versicherungsgebrauch an, welche Abgrenzung ohne weiteres daraus folgt, dass in Abs. 3 die Versicherung (der Unfälle und Erkrankungen) und nicht etwas Anderes verlangt ist.

Prüft man in dieser Hinsicht die Bestimmungen der von der Beklagten abgeschlossenen Versicherung, so ist zu beachten, dass die letztere nach § 1 der vom Bundesrat genehmigten allgemeinen Versicherungsbedingungen allgemein für Betriebsunfälle gilt, und dass die Einschränkungen, die sich aus den §§ 2 und 3 ergeben, soweit ersichtlich, nicht von dem abweichen, was in der Unfallversicherungspraxis üblich ist. Von Bedeutung ist sodann vor allem — und hier geht die Versicherung ohne Frage über die Haftpflicht wesentlich hinaus —, dass Selbstverschulden des Arbeiters nicht allgemein, sondern nach § 2 Abs. 3 nur in bestimmten, genau angeführten Fällen, z. B. Trunkenheit, den Versicherer befreit, welche Vertragsnorm im praktischen Resultat wohl dahin führen dürfte, dass bloss bei grobem Verschulden der Anspruch aus der Versicherung dahinfällt (auch die höhere Gewalt ist nicht allgemein, sondern nur in einzelnen allerdings wichtigen Erscheinungsfällen vorbehalten). Unter diesen Umständen darf das gesetzliche Requisit, dass die Versicherung in praktisch bedeutsamer Weise mehr als die Haftpflicht bieten müsse, indem sie weitere Betriebsunfälle deckt, vorliegend als erfüllt erachtet werden.

(7.) Nach Art. 9 Abs. 1 ist der Abzug der von der Versicherung bezahlten Summe von der Haftpflichtentschädigung voll und nicht nur prozentual gemäss Abs. 2 zulässig, „sofern „der Betriebsunternehmer nicht weniger als die Hälfte an die „bezahlten Prämien geleistet hat“. Diese Voraussetzung ist hier wiederum gegeben, da die Beklagte an die Prämie von

5,2% der Löhne 3,2% und die Arbeiter nur 2% aufgebracht haben. Die Argumentation des Klägers, dass die Beklagte nicht die Hälfte der Prämie, die sie bei voller Versicherung nach Gesetz und nach dem Versicherungsvertrag hätte bezahlen sollen, geleistet habe, und dass deshalb dem Abs. 1 des Art. 9 nicht Genüge geschehen sei, ist durchaus unzutreffend. Einmal stellt das Gesetz nach seinem deutlichen Wortlaut auf die tatsächlich bezahlte Prämie ab, und sodann ist, wie ausgeführt, durch Art. 9 Abs. 3 volle Versicherung keineswegs vorgeschrieben. Ob ferner der Arbeitgeber die Höhe der nach dem Versicherungsvertrag zu bezahlenden Prämie richtig berechnet hat, ist eine interne Frage zwischen ihm und dem Versicherer und hat mit Art. 9 nichts zu tun. (Sollte der Versicherer wegen Vertragswidrigkeit des Unternehmers in der Prämienberechnung die Zahlung von Entschädigung verweigern, so wäre die Frage der Verantwortlichkeit des Unternehmers gegenüber dem benachteiligten Arbeiter zu prüfen.) Endlich ist klar, dass die von der Beklagten bezahlte Prämie nicht mit der Gesamtprämie bei voller Versicherung in Vergleich gesetzt werden kann, da ja bei höherer Versicherung aller Wahrscheinlichkeit nach der Beitrag der Beklagten entsprechend höher gewesen wäre. (Entsch. vom 27. Mai 1908 i. S. Bachmann c. Papierfabrik Perlen.)

---

9. *Bundesgesetz betreffend den Transport auf Eisenbahnen und Dampfschiffen, vom 29. März 1893, Art. 45, speziell Abs. 3: Gründe der Unterbrechung der Verjährung. Die Anstellung der Betreibung bildet hienach keinen Unterbrechungsgrund. Art. 154 OR findet, wenigstens insoweit er diesen Unterbrechungsgrund aufstellt, keine Anwendung.*

Begründung:

Art. 45 des ETG kennt zwei Unterbrechungsgründe der Verjährung: die Anstellung der Klage, und die schriftliche Reklamation. Streitig ist im vorliegenden Falle nur, ob die Betreibung als „Anstellung der Klage“ angesehen werden könne, oder ob neben der Anstellung der Klage auch die Betreibung, auf Grund des Art. 154 OR, als Unterbrechungsgrund angerufen werden könne. Nun geht es zunächst nicht an, die Anhebung der Betreibung mit der Erhebung der Klage zu identifizieren: beides sind durchaus verschiedene Rechtsakte mit verschiedener Wirkung: auf die Erhebung der Klage hat sich der Beklagte (falls die Prozessvoraussetzungen gegeben sind) einzulassen; auf die Betreibung hin kann er lediglich,

ohne Begründung, Rechtsvorschlag erheben; mit der Klage will der Kläger einen wirklichen oder vermeintlichen Anspruch zum gerichtlichen Entscheid bringen; mit der Betreibung will der Gläubiger auf summarischem Wege sich für eine Forderung decken. Der Bundesgesetzgeber unterscheidet denn auch in Art. 154 Z. 2 OR deutlich zwischen Anhebung der Betreibung und Klage, und es kann nun, nach Grundsätzen rationeller Gesetzesauslegung, nicht angenommen werden, dass in dem spätern Gesetz (ETG) die Anhebung der Betreibung in der Anstellung der Klage mit inbegriffen sein wollte, während im frühern und allgemeinen Gesetz beides auseinandergehalten wird. Art. 45 ETG hat einen neuen, im gemeinen Recht nicht enthaltenen Unterbrechungsgrund, der mit den Besonderheiten des Eisenbahntransportes zusammenhängt und auf sie zugeschnitten ist, einführen wollen: die schriftliche Reklamation; das Verfahren bei dieser Reklamation ist eingehend geregelt, insbesondere in dem Sinne, dass die Bahnverwaltung die Reklamationen beförderlich und ernstlich zu prüfen und zu beantworten hat (Art. 45 Schlussabs.). Da ist denn für eine Unterbrechung der Verjährung durch Betreibung vernünftigerweise kein Raum mehr, da das Gesetz eben davon ausgeht, eine Betreibung werde nach abschlägiger Erledigung der Reklamation unterlassen, indem ja auf die Betreibung hin ein Rechtsvorschlag mit Sicherheit zu erwarten wäre. Dieses aus der ratio legis gewonnene Resultat führt auch dazu, Art. 154 OR hier nicht ergänzend zur Anwendung zu bringen, soweit er die Anhebung der Betreibung als Unterbrechungsgrund aufstellt. Inwieweit und ob dagegen die Einrede vor einem Gericht und die Eingabe im Konkurse auch bei Ansprüchen aus Eisenbahnfrachtverkehr als unterbrechungswirkend anzusehen sind, kann im vorliegenden Falle dahingestellt bleiben; ebenso, ob auch der Schlusssatz von Art. 154 Abs. 2 (Ladung zu einem amtlichen Sühneversuch) sinngemäss auf die Unterbrechung der Verjährung nach ETG anzuwenden sei. (Entsch. vom 5. Juni 1908 i. S. Blöder c. SBB.)

---

10. *Valorenversicherung. Verletzung der Pflicht sorgfältiger (rekommandierter) Spedition? Bedeutung der internen Postvorschriften über die Art der Postaufgabe für die Valorenversicherung.*

Die Beklagte hatte am 13. Mai 1907 zukünftige Wertsendungen bis zum Gesamtbetrage von einer Million Franken

bei der Klägerin versichert. Aus den „Versandsbestimmungen" der Police sind folgende Stellen hervorzuheben:

(sub III) „Die zu versichernden Valoren sind, bei Verlust des Entschädigungsanspruches, der befördernden Transportanstalt unter Rekommandation resp. Wertdeklaration nach Massgabe der nachstehenden Bestimmungen, soweit hievon im umstehenden Tarife nicht abgewichen ist, aufzugeben:

„.....Papiergeld im Betrage bis inkl. Fr. 40,000..... Rekommandation. Bei höheren Beträgen 5 % Deklaration des Ueberschusses....., jedoch im Minimum 300 Fr. Statt Rekommandation ist auch die Wertdeklaration zulässig, jedoch nicht unter 300 Fr., es sei denn, dass die Sendung selbst einen geringen Wert hat.

(sub IV) „Bei Sendungen in Briefen müssen die Wertobjekte zunächst mit einer gut verschlossenen Hülle umgeben werden....." (folgt die Beschreibung der Verpackung und der Versiegelung).

„Wertsendungen in Paketen müssen....." (folgt ebenfalls die Beschreibung der Verpackung und Versiegelung).

(sub V) „Bei postlagernd adressierten Sendungen ist Rekommandation nicht zulässig; dieselben müssen..... unter Wertangabe zur Beförderung übergeben..... werden."

Der Prämientarif schrieb betreffend Sendungen nach verschiedenen Ländern verschiedene Rekommandations- und Deklarationsweisen vor. In § 9 der Police war über den Nachweis des Verlustes einer Sendung bestimmt: „Bei jeglichem Verluste ist zur Führung dieses Nachweises einerseits erforderlich, anderseits aber auch genügend, dass eine amtliche Bescheinigung beigebracht wird, nach welcher sich die Postbehörde zur Gewährung des von ihr reglementsmässig zu leistenden Ersatzes für das betreffende Poststück bereit erklärt oder dessen gänzlichen Verlust aus dem Postgewahrsam ausdrücklich attestiert."

Am 5. Juni 1907 gab die Beklagte in Basel eine an eine Bank in St. Gallen adressierte, 10,000 Kronen in österreichischen Banknoten enthaltende, mehr als 250 Gr., jedoch weniger als 500 Gr. wiegende Sendung als Fahrpoststück (Paket) ohne Wertdeklaration auf und liess sich dafür in ihrem Postbescheinigungsbuch eine entgeltliche Empfangsbescheinigung ausstellen. Der Eintrag im Postbescheinigungsbuch bezeichnet den Gegenstand als Paket (abgekürzt Pt.) und enthält die Angabe des bezahlten Portos (15 Cts.). In der für eventuelle Wertdeklarationen bestimmten Kolonne findet sich der Ver-

merk „Einschreiben", welcher von der Hand eines Angestellten oder Lehrlings der Beklagten herrührt und vor der Aufgabe des Paketes hier angebracht worden zu sein scheint. Dieses Paket ist nie an seinen Bestimmungsort gelangt.

Die Klägerin zahlte die Versicherungssumme am 1. Juli 1907 aus mit 10,425 Fr., abzüglich der von der Post bezahlten 15 Fr. In der Folge forderte sie jedoch auf dem Prozesswege die Zahlung wieder zurück, indem sie unter anderm geltend machte, die Beklagte habe gegen die Vorschriften der Police betreffend Spedition verstossen. Das Bundesgericht hat diesen Standpunkt mit folgender Begründung abgewiesen:

(3.) Nach dem Wortlaut der Police hätte die verloren gegangene Sendung, da sie Banknoten, also „Papiergeld" im Sinne der Police enthielt und ihr Wert 40,000 Fr. nicht erreichte, „unter Rekommandation" aufgegeben werden sollen. Es steht aber fest, dass eine Rekommandation im posttechnischen Sinne des Wortes deshalb nicht möglich war, weil die Sendung mehr als 250 Gr. wog, also in der Schweiz nicht per Briefpost spediert werden konnte, die „Rekommandation" aber nur bei Briefpoststücken gesetzlich vorgesehen ist. Es fragt sich nun, ob unter diesen Umständen die Aufgabe in Form eines gewöhnlichen Fahrpoststückes (Paketes) genügte, oder ob, wie die Klägerin behauptet, eine Wertdeklaration hätte stattfinden sollen.

Zur Unterstützung ihrer Ansicht, wonach eine Wertdeklaration erforderlich gewesen wäre, hat sich die Klägerin hauptsächlich darauf berufen, dass die postamtliche Behandlung der Fahrpoststücke ohne Wertdeklaration eine weniger sorgfältige sei, als diejenige der „rekommandierten Briefe" und der Fahrpoststücke mit Wertdeklaration. Dies ist insofern richtig, als die Art der Kartierung der rekommandierten Briefe und der Fahrpoststücke mit Wertdeklaration, im Gegensatz zur Kartierung der Fahrpoststücke ohne Wertdeklaration, es bei Verlust einer Sendung ermöglicht, festzustellen, auf welcher Strecke die Sendung abhanden gekommen ist und welchem Beamten sie im Momente des Abhandenkommens anvertraut war. Indessen sind die Bestimmungen, auf welchen dieser Unterschied beruht, weder im Postregalgesetz vom 5. April 1894, noch im Posttaxengesetz vom 26. Juni 1884, noch endlich in der bundesrätlichen Transportordnung vom 3. Dezember 1894 enthalten; vielmehr handelt es sich dabei lediglich um interne Dienstvorschriften, welche als solche nur den Postbeamten, nicht aber dem Publikum offiziell mitgeteilt werden, und

welche, wie sich aus den bei den Akten befindlichen Reglementen ergibt, von der Oberpostdirektion je nach den damit gemachten Erfahrungen des öftern abgeändert zu werden pflegen. Die Beklagte war daher nicht verpflichtet, diese Vorschriften zu kennen und sich darnach zu richten, und es ist deshalb auch für die Interpretation des Parteiwillens auf diese internen Postweisungen nicht abzustellen.

Wird nun aber von obigen Dienstvorschriften abgesehen und lediglich auf die dem Publikum bekannten oder bei ihm als bekannt vorauszusetzenden gesetzlichen Vorschriften, sowie auf diejenigen postamtlichen Akte abgestellt, welche nach aussen zu Tage treten, so ergibt sich, dass die Beklagte sehr wohl der Meinung sein konnte, die Aufgabe einer Sendung in Form eines Paketes, zumal gegen Ausstellung einer Empfangsbescheinigung, entspreche der policegemässen Transportart.

Abgesehen davon, dass, wie bereits erwähnt, die beiden in Betracht kommenden Bundesgesetze, wie übrigens auch die bundesrätliche Transportordnung, über die bei Fahrpoststücken und bei „rekommandierten Briefen" auszuübende Kontrolle keine, also auch nicht für die rekommandierten Briefe und die Fahrpoststücke mit Wertangabe strengere, für die gewöhnlichen Fahrpoststücke weniger strenge Vorschriften enthalten, fällt hier zunächst in Betracht, dass die Pakete (Fahrpoststücke) schon nach Art. 1 c des Postregalgesetzes „eingeschrieben" werden und dass letzterer Ausdruck in demselben Art. 1 und sogar in demselben Lemma c dieses Artikels auch zur Bezeichnung der „rekommandierten" Briefe gebraucht wird, ja dass die Beifügung des Wortes „rekommandierten" in Klammern geradezu einer Identifizierung der beiden sonst verschiedenen posttechnischen Begriffe „eingeschrieben" und „rekommandiert" gleichkommt. Und was die nach aussen zu Tage tretenden postamtlichen Akte betrifft, so ist zu beachten, dass die Bestellung der Sendungen bei sämtlichen Fahrpoststücken in gleicher Weise vor sich geht wie bei „rekommandierten Briefen", nämlich durch Uebergabe gegen Empfangsbescheinigung. Bei der Entgegennahme der Sendung seitens der Post findet allerdings insofern eine etwas verschiedene Behandlung statt, als die Ausstellung eines Empfangsscheines bei rekommandierten Briefen, wie auch bei Fahrpoststücken mit Wertangabe, unaufgefordert und prinzipiell unentgeltlich erfolgt, bei Fahrpoststücken ohne Wertdeklaration dagegen nur auf Verlangen und gegen Bezahlung einer Gebühr. Indessen ist dieser Unterschied keineswegs unter allen Umständen geeignet, dem Publikum zum Bewusst-

sein zu bringen, dass Fahrpoststücke ohne Wertdeklaration mehr Gefahr laufen, verloren zu gehen, als „rekommandierte Briefe“ oder Fahrpoststücke mit Wertangabe. Vielmehr kann der Absender, welcher die Ausstellung eines Empfangsscheines besonders verlangt, dafür eine besondere Gebühr entrichtet und dann auch tatsächlich einen ähnlichen Empfangsschein erhält, wie für einen rekommandierten Brief oder für ein deklariertes Paket, sehr wohl der Meinung sein, er habe dadurch zum mindesten eine gleichwertige Garantie erlangt, wie bei der Aufgabe eines „rekommandierten Briefes“. Endlich wird der Unterschied zwischen Fahrpoststücken ohne Wertangabe, einerseits, und solchen mit Wertangabe, sowie „rekommandierten Briefen“, anderseits, gegenüber denjenigen Aufgebern, welche, wie die Beklagte, ein Postbescheinigungsbuch besitzen, häufig dadurch verwischt, dass der Empfang der rekommandierten Briefe und der Fahrpoststücke mit Wertdeklaration von der Post in demselben Buche bescheinigt wird, wie der Empfang von Fahrpoststücken ohne Wertdeklaration, — ein Verfahren, welches, wie sich aus dem Titelblatt des Postbescheinigungsbuches der Beklagten ergibt, von der Postverwaltung ausdrücklich als zulässig anerkannt wird.

(4.) Aber auch wenn davon ausgegangen würde, dass dem Publikum im allgemeinen der Unterschied in der postamtlichen Behandlung der Fahrpoststücke ohne Wertdeklaration, einerseits, und der rekommandierten Briefe sowie der Fahrpoststücke mit Wertdeklaration, anderseits, bekannt sei, oder dass doch die Beklagte als Bankinstitut diesen Unterschied habe kennen müssen, so könnte in der Art, wie die verloren gegangene Sendung aufgegeben wurde, doch eine Verletzung der Transportbestimmungen der Versicherungspolice nicht erblickt werden. Denn als Versicherte hatte die Beklagte keine allgemeine Verpflichtung, das Risiko der Versendungen auf ihre Kosten (durch Bezahlung höherer Postgebühren) soweit möglich zu reduzieren, da sonst der Zweck, zu welchem sie eine Privatversicherung abgeschlossen hatte, statt einfach bei der Post stets den vollen Wert zu deklarieren, vereitelt worden wäre. Dieser Zweck konnte ja, wenigstens so weit Sendungen innerhalb der Schweiz in Betracht kamen, überhaupt nur in der Ersparung der verhältnismässig hohen Deklarationsgebühren bestehen; die Gebühren konnten aber naturgemäss nur durch die Wahl möglichst billiger und daher wahrscheinlich etwas weniger Sicherheit bietender Speditionsarten erspart werden. Die Beklagte hatte ihre Wertsendungen bei der Klägerin versichert und brauchte dieselben daher

in Ermangelung positiver Vorschriften der Police nicht ausserdem noch bei der **Post** zu versichern. Sie war im Zweifel berechtigt, die billigste Versendungsart zu wählen, ohne Rücksicht auf den Grad der dabei gebotenen Sicherheit. Sache der Klägerin war es, durch positive Vorschriften ihr Risiko in der ihr gutscheinenden Weise zu vermindern. Wenn sie daher auf Grund der von **ihr** über die internen Dienstvorschriften der schweizerischen Postverwaltung vorzunehmenden Studien die Ueberzeugung gewann, dass sogar innerhalb der Schweiz die Versendung von Wertsachen in Form von gewöhnlichen Fahrpoststücken zu viel Gefahren biete, so brauchte sie nur in den für die verschiedenen Länder gemeinsamen Versandtbestimmungen oder im Prämientarif, speziell in der Rubrik „Schweiz", analog ihren Vorschriften für Sendungen nach Ungarn, Portugal, Russland, Griechenland, Algier und der Türkei zu bestimmen, entweder, es sei die Versendung in Paketen überhaupt unzulässig, oder: es sei dieselbe nur unter Wertdeklaration bezw. unter Deklaration dieses oder jenes Minimalwertes zulässig. Eine spezielle derartige Bestimmung enthält aber die Police in der Rubrik „Schweiz" nicht; und was die gemeinsamen Transportvorschriften betrifft, so ist dort die Versendung in Paketen ausdrücklich vorgesehen und durch Vorschriften betreffend Verpackung und Versiegelung bis in alle Einzelheiten geregelt. Die Beklagte durfte daher füglich annehmen, Sendungen innerhalb der Schweiz könnten, ohne Verletzung der Vorschriften über die Spedition von Wertsachen, in Form von gewöhnlichen Fahrpoststücken aufgegeben werden; sie durfte dies sogar dann annehmen, wenn sie wusste, dass diese Speditionsweise weniger Garantien biete als die Versendung in Form von rekommandierten Briefen oder von Fahrpoststücken mit Wertdeklaration. Sie war also auch nicht verpflichtet, Wertsendungen von über 250 Gr. in zwei oder mehrere Sendungen zu zerlegen und diese Teilsendungen als „rekommandierte Briefe" aufzugeben; dies ganz abgesehen davon, dass es Sendungen gibt, welche gar nicht zerlegt werden **können**.

Dass übrigens aus dem Bestehen gewisser positiver Vorschriften über die Versendung nach bestimmten Ländern (Ungarn, Portugal, Russland u. s. w.) nicht geschlossen werden dürfe, es seien die in jenen Vorschriften verlangten Formalitäten bei der Versendung nach den übrigen Ländern entbehrlich, ist eine durchaus unbegründete Ansicht der Klägerin. Der Schluss vom Einzelnen auf das Allgemeine, von der Ausnahme auf die Regel, vom Verbotenen auf das Erlaubte, ist

im Gegenteil ein bei der Interpretation von Verträgen, wie auch von Gesetzen, täglich angewendetes, unentbehrliches und völlig gerechtfertigtes Hilfsmittel.

Könnten aber trotz allem noch irgendwelche Zweifel über die Berechtigung der Beklagten zur Wahl der im vorliegenden Falle gewählten Versendungsart bestehen, so müssten diese Zweifel nach einer allgemein anerkannten und auch von der Klägerin nicht angefochtenen Interpretationsregel zu Ungunsten desjenigen Teils, welcher den Vertrag redigiert hat, also zu Ungunsten der Klägerin, gelöst werden.

(5.) Nach dem Gesagten ist die vorliegende Rückforderungsklage schon deshalb abzuweisen, weil die Klägerin, als sie der Beklagten den Wert der verloren gegangenen Sendung ersetzte, keine Nichtschuld bezahlt hat, sondern einer aus der Police resultierenden Verpflichtung nachgekommen ist. (Entsch. vom 27. Juni 1908 i. S. Badische Assekuranzgesellschaft A.-G. c. Gewerbebank Basel.)

---

11. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889, Art. 213, 199, 206. Kompensation im Konkurse. Der Schuldner einer gepfändeten Forderung, dem Anzeige von der Pfändung gemacht ist, kann nicht in dem nachher eröffneten Konkurse seines Gläubigers der Konkursmasse die Einrede der Verrechnung mit Forderungen, die er nach der Pfändungsanzeige an den Gemeinschuldner (seinen Gläubiger) erworben hat, entgegenhalten.*

Der Kläger K. war Schuldner eines Kaufschuldversicherungsbriefes zu Gunsten des Verkäufers W. In der Folge wurde dieser Kaufschuldversicherungsbrief gepfändet, wovon dem Kläger Anzeige gemacht wurde unter Verbot der Zahlung an den Pfändungsschuldner W. Der Kläger zahlte aber trotzdem an W. weiter, bis dieser in Konkurs fiel. Im Konkurse verstellte der Kläger für den ganzen Betrag des Kaufschuldversicherungsbriefes seine Zahlungen zur Kompensation. Die Gerichte, in letzter Instanz das Bundesgericht, liessen jedoch die Kompensation nur für die vor der Pfändungsanzeige gemachten Zahlungen zu. Die Begründung des bundesgerichtlichen Urteils lautet:

Die grundsätzliche Rechtsfrage, die zur Entscheidung steht, lässt sich dahin formulieren: Kann der Schuldner einer gepfändeten Forderung, dem Anzeige von der Pfändung gemacht ist, in dem nachher eröffneten Konkurse seines Gläubigers der Konkursmasse die Einrede der Verrechnung ent-

gegenhalten für Forderungen, die er nach der Pfändungsanzeige an den Gemeinschuldner erworben hat? Der Kläger bejaht die Frage mit der Argumentation, Art. 213 SchKG regle die Kompensation im Konkurse ausschliesslich und vollständig; insbesondere seien auch die Ausnahmen von der Zulässigkeit der Kompensation darin erschöpfend aufgezählt; eine Ausnahme für den erwähnten Fall sei nun aber nicht gemacht. Demgegenüber verweist schon die Vorinstanz zutreffend darauf, dass die Entscheidungsnorm für diesen Fall nicht in Art. 213 SchKG gefunden werden kann. Diese Bestimmung hat nur den Normalfall im Auge, dass ein Beschlagsrecht an Vermögensstücken des Schuldners erst entsteht mit dem Konkurs, er bezieht sich jedoch nicht auf den Fall, dass vorher daran schon ein Pfändungspfandrecht entstanden ist. Dieser hier vorliegende Fall ist an Hand der Grundsätze über das Verhältnis der Spezialexekution — der Pfändung — zur Generalexekution — als welche sich der Konkurs darstellt — zu beurteilen, und die Normen hierüber sind, wie auch die Vorinstanz richtig erkannt hat, in den Art. 199 und 206 SchKG zu finden. Zufolge des durch die Pfändung begründeten Pfändungspfandrechtes an der Forderung (dem Kaufschuldversicherungsbrief) sind die Rechte des Gläubigers (W.) im Betrage der Pfändung auf die Pfändungsgläubiger übergegangen, in dem Sinne, dass der Schuldner (der Kläger) nun nicht mehr gültig an den Erstgläubiger (W.) zahlen konnte. Die Konsequenz der Auffassung des Klägers wäre nun die, dass das Pfändungspfandrecht mit Ausbruch des Konkurses über den Gläubiger der gepfändeten Forderung (Pfändungsschuldner) in dem Sinne dahinfallen würde, dass zwischen Pfändung und Konkursausbruch erfolgte Zahlungen des Forderungsschuldners an den Gläubiger (Pfändungsschuldner) der Konkursmasse entgegengehalten werden könnten. Dieses Resultat würde an sich schon den Postulaten der Gerechtigkeit widersprechen, indem dadurch der Schulder der gepfändeten Forderung durch eine ungesetzliche Handlung — Zahlung an den nicht (mehr) Berechtigten — in Verbindung mit Ausbruch des Konkurses günstiger gestellt würde, als er vorher war. Zu diesem Resultate könnte man denn auch nur dann gelangen, wenn anzunehmen wäre — und das ist ein weiteres Argument des Klägers —, mit der Konkurseröffnung fallen die schon begründeten Pfändungspfandrechte in der Weise dahin, dass sie überhaupt ex tunc aufgehoben seien und der Schuldner von diesen Beschlagsrechten frei geworden sei. Allein diese weite Bedeutung kommt dem Art. 206 SchKG nicht zu. Indem diese

Bestimmung die „anhängigen Betreibungen" als durch den Konkurs aufgehoben erklärt, hat sie die Meinung, dass nicht mehr während der Generalexekution des Konkursiten auch Spezialexekutionen sollen laufen können. Dass dagegen die Pfändung nicht ex tunc dahinfällt, als ob sie überhaupt nie stattgefunden hätte, ergibt sich aus Art. 199 SchKG, wonach gepfändete Vermögensstücke in die Konkursmasse fallen, sofern im Zeitpunkte der Konkurseröffnung deren Verwertung noch nicht stattgefunden hat. Das heisst nicht, dass nun das Pfändungspfandrecht ex tunc aufgehoben sei, mit befreiender Wirkung für den Schuldner und (bei Pfändung von Forderungen) den Drittschuldner, sondern es besagt nur, dass nunmehr an Stelle des Pfändungspfandrechts (der Pfändungsgläubiger) das Konkursbeschlagsrecht (der Konkursmasse) tritt; die Konkursmasse sukzediert in die Rechte der Pfändungsgläubiger. Ihre Lage kann daher dem Drittschuldner der gepfändeten Forderung gegenüber auch nicht schlechter sein, als es die Lage der Pfändungsgläubiger war, so speziell hinsichtlich der Verrechnung, und daraus folgt, dass Art. 213 hier keine Anwendung findet. Dass die gedachte Sukzession der Gesamtgläubigerschaft in die Rechte der Pfändungsgläubiger stattfindet, hat das Bundesgericht stets angenommen; vergl. AS **22** S. 704; **24** I S. 399 Nr. 73 i. f.; s. auch **32** II S. 136; vergl. ferner Weber und Brüstlein (und Salis), 2. Aufl., Anm. 8 zu Art. 199, S. 265 f. Damit ist aber die aufgeworfene Frage entgegen dem Kläger und im Sinne der Vorinstanz entschieden. (Entsch. vom 5. Juni 1908 i. S. Krapf c. Konkursmasse Wittmer.)

---

12. *Anfechtungsklage, Art. 285 ff. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889. Anfechtbarkeit eines Lebensversicherungsvertrages, in welchem die Ehefrau des Versicherungsnehmers als Beneficiatin bezeichnet ist. Anfechtbarkeit der Prämienzahlung? des Rückkaufswertes?*

Aus den Gründen:

Der Beklagte hat vor den kantonalen zugerischen Instanzen alternativ (oder eventuell) angefochten: den Versicherungsvertrag und die Begünstigung der Klägerin, und demnach die Anfechtung alternativ gerichtet auf die Versicherungssumme, die einzelnen Prämien und endlich auf den Rückkaufswert der Policen im Moment der Anfechtung, resp. im Moment des Todes des Versicherten. Mit Recht hat jedoch sein Vertreter heute erklärt, der Versicherungsvertrag als solcher sei

nicht anfechtbar, sondern nur die Begünstigung der Klägerin. In der Tat konnte sich die Anfechtung des Versicherungsvertrages als solchen niemals gegen die Klägerin, die bei dessen Abschluss in keiner Weise beteiligt war, richten; als Anfechtungsbeklagte konnte hier nur die Versicherungsgesellschaft in Frage kommen. Zudem kann die Versicherungssumme aus dem Grunde nicht den Gegenstand einer Anfechtungsklage bilden, weil sie gar nicht zum Vermögen des Versicherungsnehmers gehört und daher auch nicht, wie Art. 291 SchKG fordert, zurückgewährt werden kann. Abgesehen hievon haben die Vorinstanzen für das Bundesgericht verbindlich festgestellt, dass der Nachweis einer Ueberschuldung des Versicherungsnehmers im Zeitpunkte des Vertragsabschlusses nicht geleistet sei. Was sodann die Anfechtung der Begünstigung der Klägerin betrifft, so erscheint es überhaupt als sehr fraglich, ob diese Vertragsklausel, losgelöst vom übrigen Vertragsinhalt, als dessen integrierender Bestandteil sie erscheint, angefochten werden könnte. Auch hier würde die Anfechtung zudem scheitern an der eben erwähnten Feststellung. Der Beklagte hat nun heute die Auffassung vertreten, als Zeitpunkt für die Anfechtbarkeit komme nicht der Moment des Vertragsabschlusses, sondern der Moment der Zahlung jeder einzelnen Prämie in Betracht, denn mit jeder Zahlung werde ein neuer Vertrag abgeschlossen. Diese Auffassung erscheint jedoch unhaltbar. Die Prämienzahlung stellt sich als Erfüllung der dem Versicherungsnehmer vertraglich obliegenden Pflichten dar. die Zahlung der Prämien erfolgt nicht freiwillig, sondern auf Grund des Versicherungsvertrages, in Erfüllung einer vertraglichen Pflicht (vergl. Hs. König in ZBJV **42** 118). Mit der Nichtanfechtbarkeit des Vertrages als solchen fällt daher auch die Anfechtbarkeit der Prämien dahin. Zudem erscheint die Anfechtung vom Standpunkte der Schenkungspauliana (Art. 286 SchKG) aus noch einem anderen Grunde als nicht zulässig: Entgegen der Auffassung des Beklagten stellt sich die Begünstigung der Klägerin durch den Lebensversicherungsvertrag nicht als Schenkung dar. Denn der Ehemann, der sich auf den Todesfall versichert, und hiebei seine nächsten Angehörigen (Ehefrau und Kinder) als Beneficiaten einsetzt, handelt in Gemässheit seiner sittlichen Fürsorgepflicht für seine Angehörigen; es liegt in dieser Versicherung keine Schenkung, oder wenigstens keine grundlose Schenkung. Von einer Schädigung der Gläubiger könnte höchstenfalls dann gesprochen werden, wenn der Versicherungsnehmer eine im Verhältnis zu seiner Vermögenslage zu grosse Versicherung eingehen würde, so dass er

Mittel, die über seinen wahren finanziellen Stand hinausgehen, zur Aufbringung der Prämien und zur Aufrechterhaltung der Versicherung aufwenden müsste. Hiefür liegt aber gar nichts in den Akten, gegenteils steht laut Ausspruch der Vorinstanz fest, dass der Versicherungsnehmer Hotz ein gutgehendes Bäckereigeschäft betrieb, so dass nicht anzunehmen ist, dass eine jährliche Prämienzahlung von Fr. 451.— seine finanziellen Mittel in der gedachten Weise überstiegen habe, oder dass eine Versicherungssumme von Fr. 10,000.— in Missverhältnis zu seiner Lage gestanden sei. Für eine Deliktspauliana würde es sodann, abgesehen von allem andern, am Nachweise der Erkennbarkeit der Begünstigungsabsicht fehlen. Diese Erwägungen führen dazu, die Anfechtbarkeit im vorliegenden Falle allgemein auszuschliessen, weil eben weder die Eingehung der Versicherung, mit Begünstigung der Klägerin, noch die Prämienzahlungen ein anfechtbares Rechtsgeschäft in sich schliessen. Danach braucht nicht untersucht zu werden, ob allenfalls als Gegenstand der Anfechtung der Rückkaufswert der Policen anzusehen, die Anfechtung auf ihn zu richten wäre (nach der von Hs. König a. a. O. vertretenen Theorie), und die Richtigkeit dieser Theorie kann dahingestellt bleiben.[1]) (Entsch. vom 19. Juni 1908 i. S. Kopp c. Hotz.)

B. Urteile kantonaler Gerichte.

---

13. *Action en répétition de l'indu. Condition d'admission, erreur du demandeur. Art. 72 CO.*

Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 29 février 1908 d. l. c. Cotte c. Société Immobilière Nouvelle Jura, n° 6.

La Société Immobilière Nouvelle Jura, 6, n'était pas débitrice de Cotte, qui était créancier d'une Société Immobilière Jura, 6, tombée en faillite. Mais M. Næf, administrateur de la Société nouvelle, et qui avait été déjà administrateur de l'ancienne Société Immobilière Jura, 6, a payé à Cotte les intérêts échus d'une obligation hypothécaire contractée par cette dernière en faveur de Cotte. Maintenant la Société nouvelle répète la somme payée (fr. 562. 50) comme indue; elle prétend que M. Næf ou l'un de ses employés a commis une erreur justifiant d'appliquer l'article 72 CO. Le Tribunal de

---

[1]) Vergl. zu dieser letzteren Frage Art. 529 ZGB.

première instance a condamné Cotte à rendre les fr. 562. 50 à la demanderesse, considérant que la société demanderesse étant étrangère au défendeur, il ne peut être admis qu'elle ait eu l'intention de faire une libéralité à celui-ci; qu'elle a commis une erreur, puisque le défendeur n'était pas son créancier, et qu'elle satisfait ainsi aux deux conditions posées par l'article 72 CO. La Cour de justice a réformé ce jugement et débouté la demanderesse de ses conclusions.

Motifs: Le paiement fait à Cotte a été volontaire; il n'a pas été fait ensuite de poursuites restées sans opposition et après jugement de main levée. A la différence de l'action en répétition d'une somme payée après poursuites (art. 86 LP) il ne suffit pas d'établir que la somme n'était pas due; celui qui a payé volontairement doit établir, en outre, qu'il a payé parce que, par erreur, il se croyait débiteur.

En l'espèce, la société demanderesse, non seulement n'établit pas l'erreur dans laquelle elle se trouvait au moment du payement, mais elle n'articule même pas en quoi aurait consisté cette erreur. „J'ai payé ce que je ne devais pas, dit la société, donc j'ai commis une erreur.“ C'est là un sophisme. L'erreur est une notion différente de celle du „paiement indu.“ On peut payer la dette d'autrui sans commettre d'erreur. Les circonstances de la cause, loin d'établir l'erreur dans laquelle se serait trouvée la Société Immobilière Nouvelle Jura, 6, et dont la preuve incombe à cette dernière, tendent, au contraire, à établir que cette condition imposée par l'art. 72 CO, pour permettre la répétition de l'indu, ne s'est pas réalisé dans l'espèce.

D'une part, en effet, les termes du reçu sont clairs et nets. La Société Immobilière Nouvelle Jura, 6, paye les intérêts échus d'une obligation hypothécaire en faveur de Cotte. Elle ne soutient pas avoir cru qu'il s'agissait d'une obligation hypothécaire concernant la nouvelle société. D'autre part, M. Næf, par l'entremise duquel s'est fait le paiement, était administrateur de l'ancienne Société Immobilière Jura, 6, comme il l'est de la nouvelle société. Il savait, par conséquent, qu'il existait une obligation hypothécaire en faveur de Cotte, relative à l'ancienne société et non à la nouvelle.

Si donc la nouvelle société a payé une somme de fr. 562. 50, pour intérêts du capital prêté à l'ancienne société, alors qu'elle savait qu'elle ne devait rien à Cotte, et qu'elle savait que celui-ci était au bénéfice d'un acte de défaut de biens contre l'ancienne société, on peut admettre que, tenant compte des circonstances spéciales dans lesquelles elle était devenue

acquéreur de l'immeuble de la société ancienne, elle ait voulu faire une libéralité à ce créancier de l'ancienne société.

C'est donc à tort que le Tribunal a admis que la société demanderesse avait satisfait aux deux conditions posées par l'art. 72 CO. La société demanderesse n'a pas rapporté la preuve de son erreur.

(La Semaine judiciaire, 31me année, p. 297 ss.)

---

14. *Werkvertrag. Begriff von „Bauwerk" in Art. 362 OR.*

Bern. Urteil des App.- und Cass.-Hofes vom 10. April 1907 i. S. Olivier c. Leist.

Es handelt sich um einen Werkvertrag über eine für zwei Häuser berechnete Wasserleitung und die Frage, ob dieselbe als „Bauwerk" im Sinne des Art. 362 OR zu betrachten sei und somit die Klage des Bestellers nicht schon nach einem Jahre, gemäss Art. 257, sondern erst nach fünf Jahren seit der Abnahme (gemäss Art. 362) verjähre. Der App.- und Cass.-Hof hat darüber geurteilt:

Das OR gibt für den Begriff Bauwerk keine nähere Umschreibung, man ist daher auf den herrschenden Sprachgebrauch angewiesen. Da ist nun klar, dass der Begriff Bauwerk ein weiterer ist als der Begriff Gebäude, wie er z. B. in Art. 67 OR (auf welchen Hafner, Anm. 4 zu Art. 362 verweist) verwendet wird. Wenn auch jedes Gebäude ein Bauwerk ist, so ist doch nicht jedes Bauwerk ein Gebäude. Eine Bahnanlage, eine Brücke, ein Viadukt u. dergl. wird die Bezeichnung „Bauwerk," nicht aber „Gebäude" verdienen. Es ist auch nicht völlig zutreffend, mit dem Deutschen Reichsgerichte (Seuffert Bd 59 S. 395 f.) unter Bauwerk „eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache" zu verstehen, denn es würde dem Sprachgebrauche widersprechen, einen Steg, ein Gartenhäuschen, eine einfache Mauer u. s. w. als Bauwerk zu bezeichnen. Es erscheint daher als notwendig, in der vom Deutschen Reichsgerichte gegebenen Umschreibung des Bauwerkes die Einschränkung zu treffen, dass ein Werk nur dann als Bauwerk angesehen wird, wenn es auch eine gewisse räumliche Ausdehnung und damit verbunden eine gewisse finanzielle Bedeutung besitzt. In welchem Masse indessen diese beiden Erfordernisse vorhanden sein müssen, ist in jedem einzelnen Falle zu prüfen. Nur wenn man diese Einschränkung trifft, hat es einen Grund, den Besteller eines Bauwerkes

durch eine besonders lange Verjährungsfrist zu schützen, und zwar einmal deshalb, weil eine Prüfung, wie es bei den andern Werken möglich ist, bei grösseren, als Bauwerk bezeichneten Werken nicht wohl angeht, und dann auch deshalb, weil die finanzielle Tragweite des Bauwerkes einen besonderen Schutz des Bestellers erheischt und rechtfertigt.

Geht man in casu von dieser Begriffsbestimmung aus, so unterliegt keinem Zweifel, dass eine für zwei Häuser berechnete Wasserleitung nicht unter den Begriff Bauwerk fallen kann. Hieraus folgt nach dem Gesagten, dass nach Art. 362 Abs. 1 und Art. 257 OR die einjährige Verjährungsfrist Platz zu greifen hat und somit die vorliegende Klage verjährt ist.

(Zeitschr. d. Bern. Jur.-Ver., XLIV S. 143 f.)

---

15. *Urheberrecht. Entlehnung von Figuren aus dem Katalog eines Konfektionsgeschäfts in den eines andern. B.-Ges. betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst, vom 23. April 1883, Art. 8.*

Luzern. Urteil des Obergerichts vom 1. März 1907.

Gebrüder G. in Luzern haben aus einem von M. M. & Sohn in München im Jahre 1903 dem Konfektionsgeschäfte Isidor B. in München hergestellten Jubiläumskatalog eine Anzahl Figuren — Bilder für Herren- und Knabengarderobe — kopiert und in den Katalog ihres eigenen Geschäftes aufgenommen. M. M. & Sohn erhoben deshalb gegen Gebr. G. Strafklage wegen Verletzung des Gesetzes über das Urheberrecht. Die Klage wurde von beiden Instanzen abgewiesen.

Aus den Motiven: Zunächst fragt es sich, ob die internationale Uebereinkunft vom 9. September 1886 zur Anwendung komme. Dies wird verneint, weil nach Art. 2 derselben der deutsche Urheber in der Schweiz den gleichen Rechtsschutz wie der schweizerische nur dann geniesst, sofern die Bedingungen und Förmlichkeiten erfüllt sind, welche durch die Gesetzgebung des Ursprungslandes des Werkes vorgeschrieben sind, die in Deutschland geforderten Formvorschriften aber, so weit ersichtlich und aktengemäss, nicht beobachtet worden sind.

Abgesehen davon gewährt auch das schweizerische Gesetz dem Urheber keinen Rechtsschutz. Bedingung dazu wäre, dass es sich um ein Kunsterzeugnis handelt. Hier kann aber von einem Kunstwerk im Sinne des Gesetzes nicht die Rede sein. Die gerichtlich bestellten Experten konstatieren, dass

den Clichés zwar Handarbeiten zu Grunde liegen, die von guter Qualität sind, aber nicht unter den Begriff „Kunst" fallen, sondern kunstgewerbliche Leistungen darstellen. Sodann ist für die Qualifikation einer Arbeit als Kunstwerk im Sinne des Gesetzes nicht das Mass der Geschicklichkeit ihrer Ausführung von wesentlicher Bedeutung, sondern ausschlaggebendes Merkmal eines Erzeugnisses der bildenden Kunst ist neben der formgebenden Tätigkeit des Künstlers der ästhetische Zweck. Dieser Zweck wird aber bei solchen Katalogbildern nicht verfolgt, sondern die Zeichnungen treten ausschliesslich in den Dienst der Industrie, dienen also bloss einem materiellen Gebrauchszwecke, speziell dem der Geschäftsreklame.

Das Bundesgesetz dehnt allerdings in Art. 8 seinen Geltungsbereich auch auf . . . . . technische und ähnliche Zeichnungen und Abbildungen aus, und insofern besteht ein Urheberrechtsschutz auch mangels eines künstlerischen Zweckes. Aber die Anwendung dieses Artikels entfällt angesichts der Auslegung, die er in Doktrin und Praxis erhalten hat. Darnach können nur solche Darstellungen unter Art. 8 subsumiert werden, welche wissenschaftlichen Belehrungs- oder Kommemorationszwecken zu dienen bestimmt sind; Industriegegenstände bleiben also ausgeschlossen (B.-Ger. 15. März 1905 a. S. XXXI[1] Nr. 19, v. Orelli, Kommentar zum B.-Ges. zu Art. 8).

Die Kläger haben eventuell ein rechtswidriges Verhalten der Beklagten vom Gesichtspunkte des Muster- und Modellschutzes aus releviert. Eine Klage nach dieser Richtung haben sie aber nicht anhängig gemacht, und abgesehen davon könnte ein dahingehender Rechtsschutz gemäss dem Bundesgesetze betreffend die gewerblichen Muster und Modelle vom 30. März 1900 nur gestützt auf eine im Sinne dieses Gesetzes erfolgte Hinterlegung eintreten, welche nicht erfolgt ist.

(Verhandl. des Obergerichts vom Jahre 1907, S. 31 ff.)

---

16. *Konkursrecht. „Neues Vermögen" im Sinne des Art. 265 B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889.*[1])

Glarus. Urteil des Obergerichts vom 18. Januar 1908.

In dem über Kerler-Müller 1902 eröffneten Konkurse kamen die Ehefrau des Falliten für die Hälfte ihres privilegierten Frauenguts und die übrigen Gläubiger für ihre voll-

---

[1]) Vergl. Revue **24** Nr. 75.

ständigen Forderungen zu Verlust und letztere erhielten Verlustscheine im Gesamtbetrage von 5386 Fr. Im Jahre 1907 erbte die Ehefrau Kerler von ihrer Tante ca. 8000 Fr. und die zu Verlust gekommenen Gläubiger legten Arrest darauf und klagten gestützt auf ihre Verlustscheine gegen den Konkursiten Kerler auf deren Bezahlung, mit der Begründung, er sei durch die Erbschaft der Frau zu neuem Vermögen gekommen (Art. 265 Abs. 2 SchKG). Das Obergericht hat die Klägerschaft abgewiesen.

Motive: Der Art. 265 Abs. 2 SchKG kann nicht den Sinn haben, dass nach einem Konkurse die Inhaber von Verlustscheinen auf jedes Aktivum, in dessen Besitz der Schuldner gelangt, greifen können, sondern es ist dies nur zulässig gegenüber solchem Aktivum des Schuldners, dem nicht ein entsprechendes Passivum gegenübersteht, also nur gegenüber einem Nettovermögen. Nach §§ 130 ff. des bürgerlichen Ges.-B. des K. Glarus gilt keine Gütergemeinschaft, der Ehemann ist nur der eheliche Vormund der Frau, er verwaltet das von ihr in die Ehe gebrachte und während der Ehe ererbte Vermögen mit unbedingtem Dispositionsrecht und geniesst dessen Früchte, beim Aufhören der ehelichen Vormundschaft aber haftet er der Frau oder ihren Erben für ungeschmälerte Herausgabe des Frauengutes. Darnach bildet also das Frauengut ein Aktivum des Ehemannes, für das er verantwortlich und haftbar ist und dem ein gleich grosses als Passivum gegenübersteht. Das Frauengut ist mithin kein Nettovermögen des Ehemannes; wohl aber wäre als Nettovermögen der Ueberschuss zu erklären, der sich aus den Zinsen des Frauenguts kapitalisieren liesse. Da aber das Erbe der Ehefrau K. kein namhaftes ist und zudem noch in Nutzniessung des Ehemannes der Erblasserin verbleibt, der Konkursit K. daher aus demselben Früchte nicht kapitalisieren kann, so ist es nicht als neues, d. h. Nettovermögen des Ehemannes zu behandeln.

(Amtsbericht des Obergerichts d. K. Glarus 1907/8, S. 23 f.)

A. Grundsätzliche Entscheide des Bundesgerichts.

17. *Berufung an das Bundesgericht, Voraussetzung: Zivilrechtsstreitigkeit. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 56. Wasserversorgung durch eine Gemeinde. Das durch Reglement geregelte Rechtsverhältnis zwischen der Gemeinde und den Abnehmern ist öffentlichrechtlicher Natur.*

Am 25. Januar 1880 erliess die Ortsgemeinde Basadingen ein „Reglement betreffend Ueberlassung von Wasser an Privatleute der Ortsgemeinde Basadingen“, worin sie die Abgabe von Wasser an Private gegen Entrichtung eines Wasserzinses vorsah. Der jährliche Wasserzins wurde (in Art. 9 des Reglementes) „für gewöhnliche Verhältnisse“ auf fünf Franken festgesetzt; „für eine grössere Anzahl von Häusern und für besondere Verhältnisse“ sollte der Wasserzins durch Beschluss der Ortskommission festgesetzt werden, wogegen das Rekursrecht an die Ortsgemeinde vorbehalten bleibe. Art. 8 des Reglementes lautet: „Die Wasserabnehmer sind berechtigt, „auf halbjährliche Aufkündung hin, den Wasserbezug aufzu„heben. Anderseits steht der Gemeinde das Recht zu, Regle„mente zu entwerfen und Aenderungen an denselben vorzu„nehmen, um solche ein halbes Jahr nach geschehener Mit„teilung in Kraft treten zu lassen.“ Art. 14 lautet: „Dieses „Reglement ist jederzeit ganz oder teilweise revidierbar.“ Als die Ortsgemeinde Basadingen im Jahre 1907 eine neue Wasserversorgung erstellt hatte und bekannt gemacht wurde, dass laut Gemeindebeschluss vom 22. November 1907 die Wasserabgabe aus einer bestimmten, bisher bestehenden Wasserleitung (der „Bachdellenleitung“) mit dem Bautermin der neuen Versorgung aufhöre, entstand ein Prozess zwischen einzelnen Privaten und der Ortsgemeinde, in dessen Verlaufe die ersteren, die eine Präsidialverfügung auf Aufrechterhaltung der bisherigen Wasserversorgung erwirkt hatten, als Beklagte vor Obergericht Thurgau unterlagen und hiegegen Berufung an das Bundesgericht ergriffen. Dieses ist mit folgender Begründung auf die Berufung nicht eingetreten:

Indem sie auf den vorliegenden Rechtsstreit Art. 8 des „Reglementes betreffend Ueberlassung von Wasser an Privatleute der Gemeinde Basadingen“ zur Anwendung gebracht hat, hat die Vorinstanz implicite festgestellt, dass das streitige Rechtsverhältnis, welches sie allerdings ein obligatorisches nennt, von diesem Reglement beherrscht sei. Nun bestimmt

aber Art. 8 des angeführten Reglementes, dass der Gemeinde das Recht zustehe, „Reglemente zu entwerfen und Aenderungen an denselben vorzunehmen, um solche ein halbes Jahr nach geschehener Mitteilung in Kraft treten zu lassen", und nach Art. 14 ist das Reglement (durch Mehrheitsbeschluss der Ortsgemeinde) jederzeit ganz oder teilweise revidierbar. Die Rechte der Wasserbezüger sind somit nicht durch einen privatrechtlichen Vertrag geregelt, der seiner Natur nach nur unter beidseitiger Zustimmung abgeändert werden könnte, sondern es sind dieselben von einem Reglemente beherrscht, das von der Ortsgemeinde jederzeit und ohne Begrüssung der Wasserbezüger abgeändert werden kann. Mit andern Worten, es handelt sich nicht um ein Rechtsverhältnis zwischen einander koordinierten Parteien, sondern um ein Verhältnis zwischen einem staatsähnlichen Organismus (Ortsgemeinde) als solchem und den der Territorialhoheit dieses Organismus unterworfenen Personen, wie denn auch die Festsetzung des Wasserzinses „für eine grössere Zahl von Häusern und für besondere Verhältnisse" nicht etwa der vertraglichen Vereinbarung, sondern einer Verfügung der Ortskommission unter Wahrung des „Rekurses" an die Ortsgemeinde vorbehalten wurde. Die Ortsgemeinde Basadingen tritt hier auch nicht etwa als Eigentümerin eines zu fiskalischen Zwecken ins Leben gerufenen Gewerbebetriebes auf, sondern sie handelt gemäss einer nach modernen Rechtsanschauungen bestehenden staatlichen Fürsorgepflicht, deren Erfüllung einen Zweig der öffentlichen Verwaltung bildet. Darnach liegt aber weder ein Verhältnis des Sachenrechts vor, wie die Kläger zuerst behaupteten, noch (wie sie nunmehr in ihrer Berufungserklärung annehmen) ein Verhältnis des Obligationenrechts, sondern vielmehr ein solches des öffentlichen Rechts. (Entsch. vom 2. Oktober 1908 i. S. Itel und Möckli c. Ortsgemeinde Basadingen.)

---

18. *Berufung an das Bundesgericht; Voraussetzung: Kantonales letztinstanzliches Hauptruteil. Schiedssprüche, auch solche zweiter Instanz, sind nicht anfechtbar. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 56 und 58.*

Die Parteien hatten für Streitigkeiten aus einem Dienstvertrag schiedsgerichtliche Erledigung vereinbart und dabei den Gerichtspräsidenten in Biel als Schiedsrichter bezeichnet. Im Schiedsvertrag war gesagt, der Schiedsrichter urteile „als erste Instanz" und den Parteien bleibe das Recht der Appellation (Berufung) an die zuständigen obern Instanzen ausdrücklich vorbehalten (§ 379 Abs. 2 bern. ZPO). § 379 ZPO lautet:

§ 379, Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2: „Hat der Gegenstand des Streites den Wert, durch welchen die Zulässigkeit der Appellation bedingt ist, so kann bei der Uebertragung zum Spruche die Weiterziehung an den Appellations- und Kassationshof vorbehalten werden.

Haben die Parteien die Appellation nicht ausdrücklich vorbehalten, so ist solche beim Schiedsspruch in keinem Falle zulässig."

Nachdem die zweite Instanz (Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern) geurteilt hatte, ergriff der Kläger die Berufung an das Bundesgericht. Dieses ist jedoch auf die Berufung nicht eingetreten mit folgender Begründung:

1. Wie stets erkannt wurde (vergl. BGE **12** S. 144, **22** S. 89 und S. 1064,[1]) **23** S. 831[2])), ist die Berufung an das Bundesgericht gegen Schiedssprüche nicht zulässig, da dieselben nicht als kantonale Hauptturteile im Sinne von Art. 58 OG erscheinen.

Nun steht im vorliegenden Falle zunächst ausser Frage und wird speziell auch in der Berufungserklärung anerkannt, dass der Entscheid des Gerichtspräsidenten von Biel sich als Schiedsspruch qualifiziert. Fraglich ist nur, ob das Gleiche auch vom Entscheide des Appellations- und Kassationshofes gelte. Diese Frage ist jedoch entgegen der Auffassung des Berufungsklägers ebenfalls zu bejahen.

Allerdings hatten die Parteien nur „den Gerichtspräsidenten von Biel" „als Schiedsrichter" bezeichnet, wie denn auch in den Bestimmungen des Kompromisses über das Verfahren formell nur von den Funktionen des Schiedsrichters die Rede war. Allein abgesehen davon, dass dann in der Klage ganz allgemein bemerkt wurde, die klägerischen Ansprüche seien „schiedsgerichtlich" zu beurteilen, hatten sich die Parteien in jenem Kompromiss ausdrücklich das Recht der Appellation im Sinne von § 379 der kantonalen Prozessordnung vorbehalten, und es war demgemäss der Gerichtspräsident von Biel als erste Instanz bezeichnet worden. Darnach konnte aber der Appellations- und Kassationshof nur als zweite schiedsrichterliche Instanz, also nicht in seiner Eigenschaft als ordentliches staatliches Gericht, urteilen.

Anders würde es sich verhalten, wenn im Kanton Bern gegenüber allen Schiedssprüchen der Entscheid des obersten kantonalen Gerichtshofes angerufen werden könnte. Dies ist jedoch nach der zitierten Bestimmung der Zivilprozessordnung nicht der Fall, sondern es bedarf nach derselben eines aus-

---

[1]) Revue **15** Nr. 1. [2]) Revue **15** Nr. 84.

drücklichen Vorbehaltes der Parteien, ein Vorbehalt, welcher materiell der Ernennung eines zweitinstanzlichen Schiedsrichters gleichkommt.

Dass übrigens im vorliegenden Falle auch nach der Auffassung der Klagpartei die zweite Instanz ebenfalls als Schiedsgericht zu urteilen hatte, ergibt sich aus dem Umstande, dass der Gerichtspräsident von Biel in der Klage ausdrücklich als „Schiedsrichter erster Instanz" bezeichnet worden war, was doch die Existenz eines „Schiedsrichters zweiter Instanz" voraussetzte.

2. Qualifiziert sich demnach der angefochtene Entscheid des Appellations- und Kassationshofes, ebenso wie derjenige des Gerichtspräsidenten von Biel, als ein Schiedsspruch, so ist eine Berufung an das Bundesgericht nach dem eingangs erwähnten Grundsatze im vorliegenden Falle ausgeschlossen.

Hieran wird auch dadurch nichts geändert, dass sich die Parteien im Kompromiss die „Appellation an die zuständigen obern Instanzen" vorbehalten hatten, worin vielleicht die Absicht lag, sich auch die Möglichkeit einer Anrufung des Bundesgerichts zu sichern. Als staatlicher Gerichtshof kann das Bundesgericht, wie bereits ausgeführt wurde, die Berufung nicht an die Hand nehmen; als dritte schiedsrichterliche Instanz kann das Bundesgericht aber deshalb nicht urteilen, weil es überhaupt (vergl. BGE **18** S. 504, **20** S. 864) als solches zur Ausübung schiedsrichterlicher Funktionen ebensowenig berechtigt wie verpflichtet ist und weil insbesondere das OG keine den §§ 373 und 379 der bernischen Zivilprozessordnung analogen Bestimmungen enthält, ganz abgesehen davon, dass speziell im vorliegenden Falle die Bestimmungen des Kompromisses über Entbindung der Parteien von den Grundsätzen der Eventualmaxime, über Zustellungen, Ladungen und Eröffnungen, über Ausfertigung von Protokollauszügen durch die Parteien, namentlich aber über die Möglichkeit, „weitere Vereinfachungen des Verfahrens im Laufe desselben formlos zu konvenieren", für das Verfahren vor Bundesgericht nicht passen würden. (Entsch. vom 6. November 1908 i. S. Trittibach c. Louis Brandt et frère A.-G.)

---

19. *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 66. Berufung der Nebenpartei. Sie hat die Formerfordernisse der Berufung (Berufungsantrag, eventuell Rechtsschrift) selbständig zu erfüllen.*

Advokat P. hatte namens der Beklagten B. Berufung an das Bundesgericht erklärt. In der Folge erklärte er für sich

und drei andere Personen „als Litisdenunziaten" den „Anschluss" an die Berufung, ohne indessen hiebei einen Berufungsantrag zu stellen und eine begründende Rechtsschrift beizulegen. Der Streitwert betrug **2000** bis **4000** Fr. Die Berufung der Hauptpartei fiel wegen Rückzuges der Vollmacht dahin; auf die Berufung der Nebenparteien ist das Bundesgericht nicht eingetreten aus folgenden Gründen:

Es ist klar, dass mit der Berufung der Nebenparteien nicht eine Anschlussberufung im Sinne des Art. **70** OG gemeint sein kann, da diese nur an die Berufung der Gegenpartei stattfindet (s. auch Th. Weiss, Berufung, S. **115** sub 3). Gemeint ist vielmehr eine Berufung der Nebenpartei, gemäss Art. **66** OG. Als solche aber ist diese Berufung infolge Fehlens der Formerfordernisse: Berufungsantrag und begründende Rechtsschrift, ungültig. Denn auch für die Berufung der Nebenpartei ist formell erforderlich, dass sie, gemäss Art. 67 Abs. 2 OG, die Berufungsanträge enthält. Der blosse Hinweis auf die Berufung der Hauptpartei, die Erklärung, die Nebenpartei „trete an deren Seite in den Prozess", vermag dem Erfordernisse eines Berufungsantrages nicht zu genügen: es müsste zum mindesten Bezug genommen sein auf den Antrag der Hauptpartei. Zudem war, da der Streitwert nach den übereinstimmenden Angaben der Parteien sich unter 4000 Franken bewegt, der Berufungserklärung, gemäss Art. 67 Abs. 4 OG, eine begründende Rechtsschrift beizulegen. Auch hier vermag die Rechtsschrift der Hauptpartei die Rechtsschrift der Nebenparteien nicht zu ersetzen; die Nebenparteien hätten vielmehr gerade in einer Rechtsschrift ihre Rechtsstellung und ihre Legitimation zur Berufung darlegen sollen, um dem Gericht einen Entscheid über ihre Legitimation zur Berufung zu ermöglichen. Die Aufzählung der Bestimmungen der thurgauischen ZPO und des BZP über die Nebenparteien genügt hiefür nicht.

Auf die Frage, ob im vorliegenden Falle die Berufung der Nebenparteien nicht ohne weiteres mit dem Rückzuge oder dem Dahinfallen der Berufung der Hauptpartei dahinfällt (vergl. BGE **33** II S. **695** ff. Erw. 2,[1] wozu übrigens zu vergleichen die Bemerkung von Wä. in Bl. f. Zürch. Rechtsprechung **7** Nr. 47, S. 102), braucht unter diesen Umständen nicht eingetreten zu werden. (Entsch. vom 11. September 1908 i. S. Burkhart c. Schiltknecht.)

---

[1]) Oben Nr. 28.

20. ***Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 56 ff. Berufung; Unzulässigkeit einer eventuellen Berufung.***

Motifs: La Compagnie des Chemins de fer électriques veveysans a déclaré, dans le délai de recours, prendre des conclusions „pour le cas où Jean Isler déposerait un recours" et „pour le cas où, ensuite de ce recours, elle serait condamnée à payer une somme quelconque à Isler"; elle a donc formé un recours éventuel.

Si, sous l'empire de la loi d'organisation de 1874, un recours de cette nature était admissible, il n'en est plus de même sous la loi de 1893.[1]) L'art 70 de cette loi a réglementé le recours par voie de jonction destiné à remplacer le recours éventuel toléré antérieurement. Ce nouveau recours ne peut être interjeté qu'après la communication du recours principal, et il doit être basé sur ce dernier; le sort du recours principal et celui du recours par voie de jonction sont inséparables.

Or, en l'espèce, la Compagnie des Chemins de fer électriques veveysans a recouru avant de savoir si Isler recourait et sans avoir reçu communication de son recours. La déclaration déposée par la compagnie ne se base pas sur celle du recourant principal. Le recours est donc irrégulier en la forme et le Tribunal fédéral ne peut le prendre en considération. (Entsch. vom 20. November 1908 i. S. Isler c. Compagnie des Chemins de fer électriques veveysans.)

---

21. *OR Art. 17, 50. Widerrechtliches oder unsittliches Rechtsgeschäft. Die Anfechtbarkeit von Börsengeschäften (i. c. mit Geschäftsangestellten) nach kantonalem (i. c. zürcherischem) Börsengesetz schliesst nicht eine Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit der Geschäfte nach eidgenössischem Rechte in sich.*

Laut § 10 litt. b des zürcherischen Gesetzes betr. den gewerbsmässigen Verkehr mit Wertpapieren vom 31. Mai 1896 („Börsengesetz") ist den Börsenagenten untersagt, Käufe oder Verkäufe über Wertpapiere auf Zeit (Termingeschäfte) abzuschliessen mit Geschäftsangestellten ohne schriftliche Bewilligung der Geschäftsinhaber, und § 11, der die Bestrafung desjenigen vorsieht, der, die Notlage, die Verstandesschwäche, den Leichtsinn oder die Unerfahrenheit eines andern dazu benutzt, um mit ihm oder für ihn ein Geschäft abzuschliessen, gibt dem Geschädigten das Recht, die Aufhebung des Geschäftes zu ver-

---

[1]) Im gleichen Sinne Th. Weiss, Berufung S. 149 f.

langen. Gestützt auf diese Bestimmungen sowie Art. 17 und 50 OR focht der Geschäftsangestellte H. eine Anzahl von Börsengeschäften, die er mit Sch. R. & Cie abgeschlossen hatte, an, unter Rückforderung des entsprechenden Saldos. Das Handelsgericht des Kantons Zürich entschied, dass die Rechtsgeschäfte gemäss § 10 lit. b cit. untersagt gewesen seien, dagegen erblickte es hierin weder eine Unsittlichkeit noch eine Widerrechtlichkeit und wies demnach die Klage ab. Das Bundesgericht, an welches der Kläger die Berufung ergriff, hat das angefochtene Urteil bestätigt, im Wesentlichen mit der Begründung:

(3.) Die Stellung des Bundesgerichts in diesem Rechtsstreite ist die, dass ihm die Ueberprüfung der präjudiziellen Frage, ob und inwieweit in den angefochtenen Rechtsgeschäften ein Verstoss gegen das zürcherische Börsengesetz liege, entzogen ist; das Bundesgericht hat also davon auszugehen, dass die Geschäfte zwar nicht auf Grund des § 11 l. c. anfechtbar, wohl aber gemäss § 10 lit. b eod. der Beklagten verboten sind. Es fragt sich nun vorerst, ob dieses Verbot eine Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit nach Art. 17 OR begründe. Das ist mit der Vorinstanz zu verneinen. Zwar ist gemäss der feststehenden Praxis des Bundesgerichts bei der Beurteilung der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes nach Art. 17 OR nicht einzig darauf abzustellen, ob die Leistung widerrechtlich oder unsittlich sei, sondern bei der Beurteilung eines Rechtsgeschäftes vom Standpunkt des Art. 17 OR aus ist, wenigstens sofern es sich um die Frage der Unsittlichkeit handelt, der ganze Inhalt des Rechtsgeschäftes heranzuziehen. Allein das eidgenössische Recht kennt die Unsittlichkeit derartiger Geschäfte nicht, und auf Grund kantonaler Verbotsgesetze kann nicht auf die Nichtigkeit nach SOR geschlossen werden. Denn einmal verlangt Art. 17 OR für die Ungültigkeit, dass ein Rechtsgeschäft für beide Teile unsittlich oder widerrechtlich ist. Das ist aber hier, nach der für das Bundesgericht verbindlichen Auslegung des § 10 zürcherischen Börsengesetzes, nicht der Fall. Auch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist ein verbotenes Rechtsgeschäft nicht ohne weiteres nichtig; vielmehr kann der Widerspruch eines Rechtsgeschäftes mit einem gesetzlichen Verbot verschiedene Folgen haben (Regelsberger, Pand. 1 § 147 bei Anm. 11, S. 546), Nichtigkeit, Anfechtbarkeit, Klaglosigkeit, Strafe. Vom Standpunkt des Art. 17 OR aus kann nun die hier fragliche, verbotene Handlung nicht Nichtigkeit zur Folge haben. Denn damit würde den kantonalen Verbotsgesetzen eine Wirkung auf die

Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte, die sich vorab nach eidgenössischem Rechte beurteilt, eingeräumt, die nicht in Sinn und Geist des Art. 17 OR liegt. Zudem aber sind die hier fraglichen Rechtsgeschäfte im Zusammenhange mit Art. 512 OR zu betrachten; dadurch, dass diese Bestimmung die Differenzgeschäfte nicht nichtig, sondern bloss klaglos erklärt, hat das eidgenössische Recht einen allgemeinen Grundsatz über die Behandlung dieser Rechtsgeschäfte zum Ausdruck gebracht; es kann nun nicht ein nach eidgenössischem Recht klagloses Geschäft je nach einer kantonalen Verbotsnorm nichtig sein oder nicht. Die Bestimmung des zürcherischen Börsengesetzes hat ihre Wirkung einzig auf dem öffentlichen Gebiet, auf dem den Kantonen die Regelung des Börsenwesens zusteht; eine zivilrechtliche Wirkung, die über die im eidgenössischen Recht vorgesehenen Wirkungen hinausgehen oder ihnen widersprechen würde, vermag sie nicht zu entfalten.

(4.) Damit entfällt das Begehren um Aufhebung des Rechtsgeschäftes auf Grund des Art. 17 OR. Auf Art. 50 sodann kann die Aufhebung von vornherein nicht gestützt werden; ebensowenig aber das Hauptschadenersatzbegehren; der Anwendbarkeit des Art. 50 ist durchaus der Boden entzogen. Denn die Parteien standen ja in einem Vertragsverhältnis; das widerrechtliche soll darin bestehen, dass die Beklagte auf die Offerte des Klägers hin mit ihm in das Vertragsverhältnis getreten ist und seine jeweiligen Aufträge ausgeführt hat, obschon es ihr untersagt war, mit ihm dergleichen Geschäfte abzuschliessen. Auf diesen Tatbestand kann Art. 50 OR über deliktische Handlungen unmöglich Anwendung finden. Art. 50 ist in Vertragsverhältnissen höchstens dann in Konkurrenz mit vertraglichem Verschulden zur Begründung einer Schadenersatzforderung herangezogen worden, wenn neben der Vertragsverletzung eine Verletzung allgemeiner Gebote oder Verbote der Rechtsordnung zu finden war (z. B. bei der Haftung des Arztes); hier fehlt es nun aber schon am vertraglichen Verschulden; auf ein ausservertragliches Verschulden kann sich aber der Kläger, der mit der Beklagten in das Vertragsverhältnis getreten ist, schlechterdings nicht berufen. Denkbar wäre allenfalls die Haftung der Beklagten auf den sogenannten Vertrauensschaden (vergl. Rabel in Zeitschrift für schweiz. Recht NF **27** S. 291 ff.), die damit begründet wäre, die Beklagte hätte die Pflicht gehabt, den Kläger auf § 10 lit. b zürcherischen Börsengesetzes aufmerksam zu machen und den Abschluss des Geschäftes mit ihm zu verweigern. Allein einer derartigen Klagebegrün-

dung stände die exceptio doli entgegen, da der Kläger ja die Vertragsbeziehungen angeknüpft hat und es den Beklagten nicht zugemutet werden konnte, dem Zutreffen jener Bestimmung nachzuforschen und den Kläger darauf aufmerksam zu machen. Entscheidend aber steht auch bei dieser Konstruktion der Schadenersatzforderung der Umstand entgegen, dass der Schaden nicht auf das Verschulden der Beklagten, sondern auf das eigene Verhalten des Klägers als auf seine Ursache zurückgeht. (Entsch. vom 13. November 1908 i. S. Hufschmied c. Schoop, Reiff & Cie.)

---

22. *Liegt abgeurteilte Sache gegenüber einer Klage aus Art. 50 und 55 OR gegen den Anzeiger wegen ungerechtfertigter Strafanzeige vor, wenn der Kläger schon im Strafverfahren eine vom Staat zu zahlende Entschädigung zugesprochen erhalten hatte? Stellung des Bundesgerichtes als Berufungsinstanz gegenüber der Einrede der abgeurteilten Sache.*

Gegen A. war Strafuntersuchung wegen Raubmordverbrechens erhoben worden auf Anzeige des T. hin. Das Strafgericht sprach ihn frei und erkannte ihm eine Entschädigung von 300 Fr. „auszurichten durch den Staat" zu, gestützt auf Art. 367 bern. StrVerf., der lautet:

„Der Angeschuldigte kann nur gegen den Staat Entschädigungsansprüche erheben.

„Die Anzeiger und Kläger, wenn sie nicht Angestellte der gerichtlichen Polizei sind, haften jedoch für die von dem Staate nach Mitgabe dieses Artikels gezahlten Entschädigungen, wenn es sich aus den Umständen ergibt, dass sie leichtsinnig oder gefährdevoll gehandelt haben."

In der Folge erhob A. gegen die Erben des inzwischen verstorbenen T. eine Entschädigungsklage, die er auf Art. 50 und 55 OR gründete.

Ueber die Frage, ob res iudicata vorliege, hat das Bundesgericht als Berufungsinstanz ausgeführt:

Es ist vor allem zu untersuchen, ob der Beurteilung des vorliegenden Anspruches der Umstand entgegenstehe, dass dem Kläger bereits durch das Urteil der Kriminalkammer eine Entschädigung zugesprochen wurde. Zwar ist die Einrede der abgeurteilten Sache von den Beklagten vor Bundesgericht nicht mehr erhoben worden; da es sich indessen um den Grundsatz ne bis in idem handelt, so ist obige Frage von Amtes wegen zu prüfen.

Dabei ist davon auszugehen, dass die Einrede der abgeurteilten Sache insofern materiellrechtlicher Natur ist, als es

sich darum handelt, ob die beiden in Frage stehenden Ansprüche identisch seien und ob auch Identität der Parteien vorliege, während es dagegen allerdings eine prozessrechtliche Frage ist, ob das Urteil, aus welchem die Einrede hergeleitet wird, in Rechtskraft erwachsen sei, oder nicht. Vergl. AS der BGE **16** S. 768 Erw. 3;[1]) **17** S. 327 f. E. 2; **30** II S. 543;[2]) **31** II S. 164 f. E. 5,[3]) sowie Urteil des Bundesgerichts vom 23. Februar 1907 i. S. Sigrist und Isenegger c. Steffen.[4]) Da nun das Urteil der Kriminalkammer feststehendermassen in Rechtskraft erwachsen ist, so handelt es sich bei der Einrede der abgeurteilten Sache im vorliegenden Falle nur um obige beiden materiellrechtlichen Fragen (betreffend Identität des Anspruchs und betreffend Identität der Parteien). Und da derjenige Anspruch, welchem die Einrede der abgeurteilten Sache entgegengestellt wurde, ein solcher des eidgenössischen Rechtes ist, so ist das Bundesgericht zur Prüfung jener beiden Fragen kompetent.

Was nun zunächst die Identität des Anspruchs betrifft, so beruht der heute erhobene Anspruch auf Art. 50 und 55 OR, der im Urteil der Kriminalkammer behandelte dagegen auf Art. 367 Abs. 1 der kantonalen Strafprozessordnung. Diese beiden Normen sind nicht nur äusserlich, sondern auch ihrer innern Natur nach verschieden. Denn während Art. 50 und 55 OR stets ein Verschulden der in Anspruch genommenen Person voraussetzen, ist in obiger Bestimmung der bernischen Strafprozessordnung von Verschulden nicht die Rede; aus Absatz 2 desselben Artikels ist sogar ersichtlich, dass der Staat auch dann haftet, wenn die gegen einen Unschuldigen vorgenommene Strafuntersuchung nicht auf ein Verschulden der staatlichen Organe, sondern auf ein Verschulden des Anzeigers oder Strafklägers zurückzuführen ist. Handelt es sich also bei der in Art. 367 Abs. 1 StrVerf. vorgesehenen Haftung des Staates nicht um eine Haftung aus Verschulden, so liegt hier offenbar nicht nur eine „abweichende Vorschrift" im Sinne von Art. 64 OR vor, sondern vielmehr die Regelung eines öffentlichrechtlichen Anspruches.

Wie dem auch sei, jedenfalls kann von res judicata im vorliegenden Falle schon deshalb nicht gesprochen werden, weil durch das Urteil der Kriminalkammer nur dem Staat eine Entschädigungspflicht auferlegt wurde, der heute streitige Anspruch aber gegen die Erben des Anzeigers oder Strafklägers gerichtet ist, so dass es also auf alle Fälle an dem

[1]) Revue **9** Nr. 1. [2]) Revue **23** Nr. 18. [3]) Revue **23** Nr. 43. [4]) Revue **25** Nr. 31.

Erfordernis der Identität der Parteien fehlt. Ist somit jener im Urteil der Kriminalkammer enthaltene Zuspruch einer Entschädigung von 300 Fr. kein Grund, auf die Beurteilung des vorliegenden Anspruches nicht einzutreten, so wird dagegen allerdings gegebenen Falles bei der Bemessung der dem Kläger noch zuzusprechenden Summe der ihm bereits früher zugesprochene Betrag zu berücksichtigen sein; denn wenngleich der heute geltend gemachte und jener frühere Anspruch rechtlich verschiedener Natur sind, so ist ihr Gegenstand doch der Ersatz eines und desselben Schadens; mehr als dieser Schaden beträgt, darf aber im ganzen nicht zugesprochen werden. (Entsch. vom 16. Oktober 1908 i. S. Airoldi c. Erben Traglio.)

---

23. *OR Art. 50 und 55. Beleidigung des Andenkens eines Verstorbenen. I. Klagelegitimation der Verwandten. — II. Zulässigkeit des Wahrheitsbeweises. Ausschluss der Widerrechtlichkeit wegen der Wahrheit der behaupteten beleidigenden Tatsachen? Verhältnis von Art. 50 ff. OR zum kantonalen Strafrechte.*

I. Les recourants, avec raison, ne contestent pas que l'atteinte portée à la mémoire d'un mort par des imputations de nature diffamatoire puissent, le cas échéant, donner lieu de la part de ses proches à une action en dommages-intérêts fondée sur les art. 50 et suiv., notamment sur l'art. 55 CO, quand bien même, comme en l'espèce, les imputations de nature diffamatoire visent le mort personnellement, c'est-à-dire des faits imputables à celui-ci seulement, et ne peuvent rejaillir, même indirectement, sur les uns ou les autres des membres de sa famille. En effet, il y a bien sans doute controverse dans la doctrine sur la question de savoir quel est le bien ou l'intérêt juridique auquel il peut être porté atteinte par les imputations diffamatoires dirigées contre la mémoire d'un mort lorsque ces imputations ne touchent pas, même indirectement, à l'honneur ou à la considération des vivants. L'honneur étant représenté comme l'apanage exclusif des vivants, les imputations diffamatoires de nature à ternir la mémoire d'un mort sont considérées par les uns — et c'est là l'opinion dominante, qui a inspiré l'art. 189 CP all. (voir Olshausen, Komment. z. StrGB für das deutsche Reich, 1897, vol. I, note 1 ad art. 189, p. 724 725) — comme une atteinte portée au sentiment de piété qui, chez tout individu, se joint au souvenir qu'il conserve de ses morts, qu'il s'agisse de ses père ou mère, ou de l'un de ses enfants, ou d'un conjoint, etc.; d'autres, au contraire (tels Hälschner, das gem. d. Strafrecht, 1884, vol. II, première partie, § 53, p. 198 et suiv.;

Liszt, Lehrbuch des d. Strafrechts, sixième édition, 1894, pag. 318, chiff. V), ne veulent voir dans ces imputations qu'une atteinte portée, sinon à l'honneur du mort, du moins à celui de sa famille, en vertu du principe de solidarité morale qui unit tous les membres de celle-ci dans un sentiment d'affection et d'estime commune. Point n'est besoin de prendre ici position dans cette controverse, car il n'est pas douteux que la „situation personnelle“ dont il est question à l'art. 55 CO (die „persönlichen Verhältnisse“ du texte all.; le „relazioni personali“ du texte ital.), ne comprenne aussi la situation personnelle intime de l'individu, c'est-à-dire tout ce qui peut constituer son être intime, en dehors de l'honneur, de la considération ou de l'estime auxquels il a droit dans les manifestations de la vie extérieure, — ainsi notamment ses affections de famille, son culte, fait de sentiments de piété et de respect, à l'égard de ceux de ses proches qui l'ont devancé dans la mort, etc.

Dans ces conditions, il est clair que c'est avec raison que les recourants n'ont pas non plus contesté aux intimés la qualité qui était nécessaire à ceux-ci pour se porter demandeurs en vertu des art. 50 et suiv., particulièrement de l'art. 55 CO. En effet, en droit pénal, peuvent n'être autorisées à porter plainte, en raison d'imputations diffamatoires ou calomnieuses dirigées contre un mort, qu'une catégorie de personnes déterminées; ainsi, en droit français, que les héritiers vivants dans les cas où l'auteur de ces imputations aurait eu l'intention de les atteindre eux aussi dans leur honneur ou leur considération, par quoi il faut entendre, suivant la jurisprudence française, tous héritiers possibles, légaux ou testamentaires, sans aucune distinction entre eux, et peu importe qu'ils aient, ou non, accepté la succession du défunt (art. 34 loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881; Rivière, Pand. fr., tome 24, 1897, vol. diffamation-injure, nos 968 et suiv.); en droit allemand, que les père et mère, les enfants ou le conjoint survivant du défunt (§ 189 CP all.); en droit neuchâtelois, que l'héritier (par quoi l'on ne sait s'il faut entendre, comme en droit français, tout héritier possible, ou, au contraire, uniquement l'héritier réel et effectif, c'est-à-dire invêtu de la succession), ou l'époux survivant (art. 351 CP neuch.); selon l'avant-projet de Code pénal suisse (de juin 1903, art. 102 al. 6), que le conjoint survivant, les enfants et petits-enfants, parents et grands-parents et les frères et sœurs du défunt. En droit civil, le juge n'est point lié par ces dispositions d'ordre pénal, et il doit bien plutôt, au regard de

l'art. 55 CO, rechercher dans chaque cas particulier si ceux qui entendent se porter demandeurs en dommages-intérêts en vertu du dit article, ensuite d'imputations diffamatoires ou calomnieuses dirigées contre la mémoire d'un mort, sont ou étaient encore avec celui-ci dans un rapport de parenté assez rapproché et dans des relations d'affection assez intense pour que l'on puisse admettre que, par ces imputations, ils aient eux-mêmes souffert dans leur être intime et ressenti une grave atteinte dans leurs sentiments de piété, d'amour ou de respect à l'égard du diffamé. Le fait donc que Mlle E. B., la fille du Dr. Fr. B., se portait elle-même demanderesse en dommages-intérêts contre les deux recourants, ne mettait nullement obstacle à ce que le frère et la sœur du défunt, J. et M. B., ouvrissent de leur côté une même action contre les mêmes défendeurs, fondée sur les mêmes publications (voir l'arrêt du Tribunal fédéral du 15 février 1889, en la cause Pignat c. Philipona, RO **15** n° 48 p. 305 et suiv., où, dans une affaire analogue, l'admissibilité de la demande formée au nom des hoirs du diffamé n'avait même fait, quant à son principe, l'objet d'aucune discussion, pas plus de la part du défendeur que de celle du Tribunal).

II. Quant à la question de savoir si la circonstance que les faits imputés au Dr. B. doivent être tenus pour vrais, est de nature à modifier le caractère juridique des actes reprochés aux recourants, c'est-à-dire à faire perdre à ces actes le caractère d'actes illicites, elle a, de tout temps, déjà sous l'empire du droit romain, donné lieu aux plus vives controverses. Après avoir longtemps interdit au diffamateur la preuve de la vérité de ses imputations, le droit allemand en vint, au début du XIX[e] siècle déjà, à admettre qu'il ne pouvait plus être question de diffamation lorsque la personne accusée de ce délit faisait la preuve de la vérité des faits qu'elle avait allégués ou des bruits qu'elle avait répandus, et actuellement encore le CP allemand, dans ses art. 185 et suiv., part du principe qu'il ne saurait y avoir délit dans le fait de propager le récit d'une chose vraie, et il ne fait, à l'art. 192, qu'une exception, lorsque le récit vrai, non punissable en lui-même, emprunte à la forme en laquelle il est fait ou aux circonstances, le caractère d'une offense plus ou moins indépendante (voir v. Bar, GS **62**, p. 126 et suiv.). En droit français, la loi du 29 juillet 1881 sur la presse qui a remplacé les lois antérieures dont les dispositions étaient venues se substituer à celles qu'elles abrogeaient des art. 367 et suiv. CP, n'admet la preuve de la vérité en matière de diffamation

qu'à l'égard des personnes revêtues de fonctions publiques et pour des faits se rapportant à ces fonctions, ou des directeurs ou administrateurs d'entreprises industrielles, commerciales ou financières faisant publiquement appel à l'épargne ou au crédit; dans tous les autres cas, le prévenu de diffamation n'est pas admis à exciper de la vérité des faits imputés, à moins que ces faits n'aient eux-mêmes donné lieu à des poursuites pénales à la requête du ministère publique ou sur la plainte du prévenu de diffamation, auquel cas il est sursis à la poursuite et au jugement du délit de diffamation jusqu'à solution des autres poursuites (Rivière, op. cit., nos 14 et suiv., et 1001 et suiv.). En droit neuchâtelois (art. 346 CP), la preuve du fait imputé n'est admissible que lorsqu'elle peut être administrée par la production d'un jugement ou lorsque la personne diffamée ou celle qui agit en son nom, réclame ellemême un débat contradictoire.

L'avant-projet du CP suisse, en son art. 102, al. 1, repose sur ce principe que, dans la règle, la preuve de la vérité des faits allégués doit pouvoir être rapportée et enlève aux propos tenus tout caractère délictueux; il fait exception cependant pour les faits punissables dont la preuve ne peut être rapportée que par un jugement pénal, et pour les faits de la vie conjugale ou de la vie de famille dont la preuve n'est admissible que s'ils revêtent le caractère d'actes punissables. Dans son arrêt du 8 octobre 1897, en la cause Vincent c. Priester, RO **23** n° 223 p. 1670 et suiv., le Tribunal fédéral avait admis que, dans le domaine du droit fédéral des obligations, l'on ne pouvait faire application des dispositions de droit cantonal semblables à celles de l'art. 346 CP neuchâtelois, refusant ou restreignant à la personne civilement poursuivie pour diffamation la faculté de rapporter la preuve de la vérité des faits imputés.

Cependant l'on doit reconnaître que les art. 50 et suiv. CO ne définissent point ce qu'est l'acte commis (ou, éventuellement, le fait d'omission intervenant) sans droit (widerrechtlich), c'est-à-dire l'acte illicite (die unerlaubte Handlung) donnant lieu à dommages-intérêts s'il est accompli à dessein ou s'il procède de négligence ou d'imprudence. Les dispositions des art. 50 et suiv. ne font que régler les conséquences des actes illicites. Il faut donc, pour rechercher ce qui est illicite et ce qui ne l'est pas, avoir recours à d'autres sources de droit; et, parmi ces sources à qui il appartient de décider si, dans tel ou tel cas particulier, l'on se trouve en présence d'un intérêt légitime, d'un intérêt protégé par la loi, dont, par-

conséquent, la violation ne saurait pas ne pas constituer un acte illicite, l'on ne voit pas pour quelle raison il faudrait ne pas compter le droit pénal cantonal. Il est évident toutefois que, dans l'application des art. 50 et suiv. CO, les tribunaux ne sauraient point être liés aux seules dispositions du droit pénal (cantonal ou fédéral), c'est-à-dire que le droit pénal ne peut servir à lui seul à déterminer quels sont les intérêts juridiques auxquels il n'est pas permis de porter atteinte sans commettre un acte illicite. Mais l'on peut poser ce principe que là où la loi pénale accorde sa protection à un intérêt juridique, la loi civile ne saurait refuser la sienne. Ce serait manquer de toute logique que d'admettre que la lésion d'un intérêt juridique spécial pût entraîner pour son auteur des conséquences d'ordre pénal et que de refuser cependant au lésé la réparation civile du dommage qui lui aurait été causé par le même fait, ou, autrement dit, que de considérer le même acte comme illicite au regard de la loi pénale et comme licite, au contraire, au regard de la loi civile. En matière de circulation sur la voie publique, le Tribunal fédéral a déjà reconnu (RO **30** II n° 32, consid. 2, p. 252, et les précédents y rapportés) qu'il suffisait, pour ne pouvoir échapper au reproche de négligence ou d'imprudence, et, partant, pour être convaincu de faute civile, c'est-à-dire d'acte illicite, de n'avoir pas observé les prescriptions légales ou réglementaires de police édictées par les autorités fédérales ou cantonales compétentes dans un but de sécurité publique. Or, ce principe qui, dans le droit positif allemand, a trouvé sa consécration à l'art. 823 al. 2 BGB, doit être évidemment généralisé en ce sens que, chaque fois que l'on sera en présence de dispositions légales ou réglementaires édictées par les autorités fédérales ou cantonales compétentes dans un but de sécurité, de morale ou de salubrité publiques, les intérêts spéciaux que ces dispositions légales ou réglementaires visent à protéger, devront être considérés comme des intérêts légitimes dont la lésion, lorsqu'elle procède d'un dessein, d'une négligence ou d'une imprudence, ne saurait pas ne pas être qualifiée d'acte illicite au sens des art. 50 et suiv. CO.

Si donc, comme en l'espèce, le droit pénal cantonal accorde à l'honneur des individus ou des corps constitués ou à la mémoire des morts sa protection même contre la divulgation de faits vrais, cette divulgation apparaît aussi comme illicite au point de vue des art. 50 et suiv. CO. En d'autres termes, lorsque, au regard du droit pénal, l'exception de vérité serait impuissante à dépouiller telles imputations dé-

terminées de leur caractère délictueux, elle ne saurait non plus leur enlever leur caractère d'acte illicite au regard du droit civil.

D'ailleurs, à supposer même que l'on dût admettre que la divulgation ou la publication de faits vrais ne constituât pas en soi un acte illicite bien que ces faits fussent de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération d'autrui, l'on devrait en tout cas reconnaître à cette divulgation ou publication le caractère d'un acte illicite, lorsqu'elle est faite sans aucune nécessité, sans que son auteur y ait été poussé par aucun intérêt ni aucune raison légitime, lorsqu'elle ne peut se comprendre que par le plaisir de dire ou de faire du mal, de causer du chagrin à quelqu'un, ou de satisfaire d'anciennes rancunes, ou que par l'existence de sentiments analogues également méchants. Ainsi, dans le domaine de la concurrence déloyale par le moyen du dénigrement, le Tribunal fédéral a, en application du même principe, reconnu que, si, dans la règle, il était loisible dans la lutte contre tel ou tel concurrent spécial de faire état contre celui-ci de faits vrais, ceux-ci fussent-ils de nature à l'atteindre dans son honneur ou dans sa considération, cependant la divulgation de ces faits pouvait, grâce à la forme ou à la manière en laquelle elle intervenait, revêtir le caractère d'un acte illicite, ainsi, notamment, lorsque des faits appartenant depuis longtemps au passé étaient sans nécessité sortis de l'oubli, lorsque certaines irrégularités étaient rappelées par méchanceté, et, en général, lorsque la divulgation de ces faits vrais était destinée non pas seulement à faire connaître un défaut réellement existant dans la marchandise d'un concurrent, mais encore à diminuer injustement l'estime et la considération dont ce concurrent pouvait prétendre jouir auprès du public (RO **21** n° 153 consid. 4 p. 1189). Or, ces principes doivent a fortiori trouver leur application lorsqu'il s'agit d'imputations dirigées non plus contre un concurrent avec lequel l'on a à lutter sur le terrain économique, mais contre un mort dont rien ne peut obliger à flétrir la mémoire. Ces principes, en matière de diffamation, ont été consacrés par l'art. 192 CP all. et 102 al. 4 de l'avant-projet du Code pénal suisse. Ils ont aussi reçu une application particulière dans le CP neuchâtelois, à l'art. 346, al. 3, qui permet de punir de la prison civile ou de l'amende celui qui reproche publiquement à un condamné ou à ses parents l'acte qu'il a commis ou la peine qu'il a encourue, quand bien même la preuve de cet acte ou de cette peine peut être administrée par la production d'un jugement, lorsque le reproche a été fait par malveillance et sans excuse

suffisante.[1]) (Entsch. vom 11. September 1908 i. S. Messeiller et Jeanneret c. Borel.)

---

24. *I. Haftung des Tierhalters, OR Art. 65. „Erforderliche Sorgfalt" in der Verwahrung und Beaufsichtigung.*

II. Verhältnis von Schadensersatz und Versicherung bei Körperverletzung; keine Befreiung des Schädigers auf Grund der Versicherung des Geschädigten.

Aus den Gründen:

I. Bei Beantwortung der Frage, ob der Beklagte den ihm nach Art. 65 OR obliegenden Entlastungsbeweis geleistet habe, ist von der Feststellung der Vorinstanz auszugehen, wonach der Hund zwar nicht bösartig, wohl aber sehr läppisch und noch unerzogen und sein Benehmen deshalb durchaus unberechenbar war. Der Hund bedurfte somit zweifellos der Beaufsichtigung, wenn er auf die Strasse gelassen wurde. Einer Beaufsichtigung war er nun aber im Momente des Unfalls[2]) überhaupt nur insoweit unterstellt, als das Dienstmädchen, mit welchem er das Haus des Beklagten verlassen hatte, sich in der Nähe, in einem Metzgerladen, befand. Unter diesen Umständen konnte die Beaufsichtigung des Hundes von vorneherein keine unmittelbare und beständige sein, wie denn auch das Dienstmädchen nicht in der Lage gewesen ist, über den Unfall selber Auskunft zu geben. Darüber aber, dass das Dienstmädchen, wenn es bei seinen Ausgängen den Hund mitnahm, in den Fall kommen werde, den Hund mitunter, während es selber in Kaufläden zu tun hatte, auf der Strasse lassen zu müssen, konnte der Beklagte nicht im Zweifel sein. Wenn nun auch zuzugeben ist, dass von einem groben Verschulden des Beklagten hier nicht gesprochen werden kann, wie denn auch die Vorinstanz konstatiert, dass der Beklagte sich keinen Verstoss gegen die Polizeiverordnung habe zu Schulden kommen lassen, so kann doch jedenfalls nicht gesagt werden, der Beklagte habe in der Beaufsichtigung des Hundes alle erforderliche Sorgfalt angewendet, wie Art. 65 OR verlangt.

II. Was die vorübergehende (zweimonatliche) gänzliche Arbeitsunfähigkeit des Klägers betrifft, so steht allerdings fest, dass der Kläger während dieser Zeit, wenn auch nicht seinen Lohn, so doch einen gleich hohen Betrag (450 Fr.) aus der Kranken- und Unterstützungskasse der Basler Strassenbahnen

---

[1]) S. hiezu auch BGE 31 II S. 657 f. Erw. 7 f.
[2]) Er überrannte den sechzigjährigen Kläger.

erhalten hat, weshalb der Beklagte die Auffassung vertritt, es würde seine (des Beklagten) Verurteilung zum Ersatz des entgangenen Lohnes eine Bereicherung des Klägers zur Folge haben. Indessen ist der Vorinstanz darin beizupflichten, dass derjenige, welcher auf Grund von Art. 50 ff. OR (inclus. Art. 61, 62, 65 u. s. w.) haftet, durch fremde, mit demselben Ereignis in Zusammenhang stehende Zahlungen grundsätzlich nur befreit wird, wenn diese Zahlungen auf seine Rechnung erfolgt sind. Wenn also der Geschädigte sich wesentlich aus eigenen Mitteln versichert hatte (was hier der Fall ist), und infolgedessen sowohl gegenüber dem Versicherer als gegenüber dem Schädiger einen Ersatzanspruch erwirbt, so kann es sich (da ein selbständiger Regressanspruch des Versicherers gegen den Schädiger mit dem OR unverträglich wäre; vergl. BGE **23**, S. 1775; **26** II S. 324 f. E. 2)[1]) höchstens fragen, ob mit Rücksicht auf die Haftung des Schädigers die Haftung des Versicherers zessiere, bezw. mit der Zahlung der Versicherungssumme eine Subrogation des Versicherers in die Rechte des Versicherten gegen den Schädiger stattfinde, eine Frage, deren Beantwortung in erster Linie vom Inhalte des Versicherungsvertrages und in zweiter Linie von den Normen des Versicherungsrechtes abhängt und übrigens bei der Personenversicherung meistens verneint wird. Dagegen kann es sich, sofern der Schädiger vor der Schädigung in keinem Rechtsverhältnis zum Versicherten stand, nie darum handeln, dass umgekehrt mit Rücksicht auf die Haftung des Versicherers die Haftung des Schädigers zessiere, da dies dem Zwecke einer jeden Versicherung (welcher im Schutze des Versicherten gegen drohenden Schaden, nicht im Schutze unbekannter Dritter gegen die Folgen ihres Verschuldens besteht) widersprechen würde. Vergl. im allgemeinen über diese und damit zusammenhängende Fragen Rölli, in Zeitschr. d. bern. Jur.-Ver. 1892 S. 1 ff.; Baron, ebendaselbst S. 207 ff.; Hiestand, Der Schadenersatzanspruch des Versicherers gegen den Urheber u. s. w.; Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch, § 843 Abs. 4; Rölli, Entwurf, S. 219; endlich Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Art. 72 und 96.

Im vorliegenden Falle hat nun der Beklagte selber nicht behauptet, dass nach den Statuten der betreffenden Krankenkasse oder nach allfälligen Bestimmungen des kantonalen Versicherungsrechtes eine Subrogation des Versicherers in den gesetzlichen Schadenersatzanspruch des Versicherten stattgefunden habe, so dass also dieser Schadenersatzanspruch nicht

[1]) Revue **18** Nr. 52.

mehr dem Kläger, sondern der Krankenkasse zustehen würde. Es ist daher anzunehmen, dass der Anspruch auf Ersatz des an sich unbestrittenen Lohnausfalls von Fr. 450.— noch heute dem Kläger zustehe, weshalb die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung dieses Betrages gerechtfertigt erscheint. (Entsch. vom 31. Oktober 1908 i. S. Steiner c. Dörflinger.)

---

25. *Kompensation mit verjährten Forderungen, falls die zur Kompensation verstellte Forderung zur Zeit der Kompensabilität noch nicht verjährt war, ist nicht zulässig. OR Art. 138, speziell Satz 2.*[1])

Aus den Gründen:

(4.) Es steht fest, dass die Forderungen des J. und H. H. an den Beklagten bestunden und fällig waren zur Zeit, als die angebliche Gegenforderung des Beklagten M. bestand und fällig war; ferner, dass die Forderung zur Zeit der Geltendmachung der Kompensation im Prozesse verjährt war. Die zu entscheidende Rechtsfrage ist darnach die: ob auch mit einer verjährten Forderung kompensiert werden könne, falls die zur Kompensation verstellte Forderung zur Zeit der Kompensabilität noch nicht verjährt war. Diese Frage, die in der Doktrin und Praxis des gemeinen Rechts zu den bekanntesten Kontroversen gehörte und im deutschen BGB, § 390, eine ausdrückliche Lösung im Sinne der Bejahung gefunden hat (als Ausnahme von dem allgemeinen Rechtssatz, dass eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden könne), wird für das Gebiet des SOR bejaht von Hafner, Komm. 2. Auflage Anm. 2 zu Art. 138 (S 54) und einem Urteil der Genfer Cour de Justice civile vom 21. April 1900, in Sem. jud. **22** (1900) S. 378 ff.; dagegen verneint von Janggen, Kompensation nach SOR, S. 115; Rossel, Manuel 1. Auflage, S. 184, und vom Obergericht des Kantons Zürich in den von der Vorinstanz angeführten Entscheidungen, HE **12** S. 162 f. und Zürcher Rechtsprechung **3** Nr: 95. Diese zweite Ansicht ist auf Grund der positiven Regelung, die die Kompensation im SOR gefunden hat, als die richtige anzuerkennen. Danach tritt die Kompensation erst ein mit der Erklärung des Kompensationswillens, die aussergerichtlich oder im Prozesse stattfinden kann. Diese Erklärung hat allerdings die Wirkung, dass die Verrechnung und die daraus sich ergebende Tilgung der Forderungen zurückbezogen wird auf den Zeitpunkt, in

---

[1]) Hiezu wären etwa zu vergleichen von neueren Abhandlungen die Aufsätze in Egers Eisenbahnrechtl. Abh. **21** 318 ff. u. **22** 320 ff.

dem sich Forderung und Gegenforderung als zur Verrechnung geeignet gegenüberstanden (Art. 138 Satz 2 OR), und insofern nähert sich das Gesetz der ipso jure-Wirkung der Kompensation. Allein damit diese Wirkung ex tunc eintrete, ist oberstes Erfordernis stets die Erklärung des Kompensationswillens, und damit dieser gültig erklärt werden könne, muss eine kompensable Gegenforderung im Momente der Erklärung bestehen: kompensabel ist aber eine Forderung nur, soweit sie nicht erloschen und klagbar ist. Da nun aber die Verjährung einer Forderung einen Erlöschungsgrund bildet, kann die verjährte Forderung nicht kompensabel sein. Zum Ausschlusse dieser aus dem System des SOR sich ergebenden Folge bedürfte es eines ausdrücklichen Ausnahmerechtssatzes, wie das deutsche BGB ihn aufgestellt hat. Aus Art. 138 Satz 2 OR folgt die Unverjährbarkeit der Kompensabilität keinesfalls; es bedeutet eine petitio principii, sie darin zu finden, denn bevor aus der ipso jure-Wirkung der Kompensationserklärung die Konsequenz hergeleitet werden kann, dass danach die Verjährung für die Kompensationserklärung und damit auch für eine kompensable Gegenforderung nicht laufe, ist eben zu prüfen, ob überhaupt die Kompensationserklärung noch mit der gedachten ipso jure-Wirkung abgegeben werden könne. Das ist aber mit einer verjährten Forderung nicht der Fall. Denn davon, dass eine an sich kompensable Gegenforderung unverjährbar sei — und das wäre die Konsequenz der gegenteiligen Ansicht — kann keine Rede sein; das hiesse, entgegen dem Gesetz, die Wirkung der Kompensation schon an die Kompensabilität, nicht an die Erklärung des Kompensationswillens, knüpfen, und dem steht eben die gesetzliche Regelung entgegen. Die Motive zum deutschen BGB können um deswillen nicht zur Begründung der gegenteiligen Ansicht herangezogen werden, weil sie sich wesentlich mit der Regelung de lege ferenda beschäftigen und nicht die positive Regelung im SOR zum Gegenstande haben. Auch wenn sodann Gründe der Billigkeit für die Zulassung der Kompensation sprechen sollten (wie namentlich das zitierte Genfer Urteil geltend macht), so ist auf der andern Seite zu bemerken, dass es dem Schuldner, der Gläubiger mit einer Gegenforderung ist, jederzeit freisteht, den Kompensationswillen zu erklären, und dass die Nichtzulassung verjährter Forderungen zur Kompensation sich im Interesse der raschern und sichern Abwicklung der Rechtsgeschäfte vollauf rechtfertigt. Das Institut der Verjährung beruht ja wesentlich mit auf dem Gedanken der Beweisschwierigkeit für weit zurück-

liegende Ansprüche; dieses Moment trifft auch bei der Kompensation zu, da auch bestrittene Forderungen kompensabel sind. (Entsch. vom 23. Oktober 1908 i. S. Moos c. Haymann.)

---

26. *OR Art. 182 Abs. 2: Konventionalstrafe; Grundsätze für Ermässigung; Verhältnis zum Schaden aus Nichterfüllung eines Vertrags; Beweislast.*

S'il est exact qu'en matière de clause pénale „la peine est encourue lors même que le créancier n'aurait souffert aucun dommage" (art. 180 al. 1 CO), de telle sorte que, pour réclamer l'application de la peine au débiteur, le créancier n'a pas besoin d'établir la réalité ni l'étendue d'aucun dommage souffert par lui, cependant la preuve apportée par le débiteur de l'inexistence de tout dommage causé au créancier ou de l'existence d'un dommage de beaucoup inférieur au chiffre de la peine conventionnelle peut offrir grand intérêt dans un procès comme celui-ci. En effet, s'il est établi au procès ou s'il y a lieu de supposer que le créancier a réellement subi un dommage du fait de l'inexécution du contrat et que ce dommage atteint ou dépasse le montant de la somme fixée à titre de peine conventionnelle, il est clair qu'il ne saurait être question de juger cette peine excessive (RO **32** II n° 10 consid. 6 p. 57). Si, en revanche, il y a disproportion évidente entre le dommage réellement éprouvé par le créancier et le chiffre de la peine, le juge aura à décider au regard de cette circonstance comme de toutes les autres caractérisant la cause, si le chiffre de la peine apparait comme excessif et devant être équitablement mitigé. Mais, en insérant dans leur contrat une clause pénale, les parties déterminent elles-mêmes ou doivent être censées déterminer elles-mêmes l'intérêt que le créancier peut avoir à l'exécution de l'obligation par son débiteur. En cas d'inexécution, le créancier peut donc se borner à invoquer la clause pénale à laquelle a souscrit le débiteur; et c'est alors à celui-ci qu'il appartient de rapporter la preuve que l'intérêt du créancier à l'exécution de l'obligation, et, en particulier, le dommage réellement subi par le créancier du fait de l'inexécution, sont en disproportion manifeste avec le chiffre de la peine convenue (RO **21** n° 158 consid. 5 p. 1233 et suiv.; et **24** II n° 17 consid. 4 p. 125 et suiv.). (Entsch. vom 18. September 1908 i. S. Perrenoud c. Borel fils et Cie.)

27. *Ernstgemeinter Kauf- und Mietvertrag oder Simulation zwecks Umgehung der Bestimmungen über Faustpfand? Erfor-*

dernisse eines Kaufgeschäftes, das gültig dem Deckungszwecke dienen soll.

Die Klägerin L. & R., die eine Getreidehandlung betreibt, lieferte dem C. seit Anfang 1906 Waren. C. bezahlte anfänglich bar. Im August 1906 wollte er auf Kredit beziehen, die Klägerin war indessen damit nicht einverstanden. Es wurden dann ein „Kaufvertrag" und ein „Mietvertrag", beide d. d. 14. August 1906, aufgesetzt. Inhaltlich des „Kaufvertrages" verkaufte C. der Klägerin vier grössere und zwei kleinere Teigwarenmaschinen, die er als vollständig bezahlt erklärte, um den Kaufpreis von Fr. 3000.—, „welchen Kauf„preis die Käufer durch Lieferung von Waren tilgen"; des weitern waren Bestimmungen darüber getroffen, dass die Maschinen auf Grund eines Mietvertrages einstweilen im Besitze des Verkäufers blieben, im Sinne von Art. 202 OR. Der „Mietvertrag" setzte einen jährlichen Mietzins von Fr. 120.—, zahlbar in halbjährlichen Raten von je Fr. 60.— und je auf Schluss eines Kalenderhalbjahres, fest. Nach dem darauf ausgebrochenen Konkurse des C. machte die Klägerin ihren Eigentumsanspruch an den Maschinen geltend, sie wurde jedoch damit von der II. kantonalen Instanz und vom Bundesgerichte abgewiesen, von letzterem mit folgender Begründung:

Ueber den Verkehr der Parteien nach Abschluss des Vertrages vom 14. August 1906 steht folgendes, nach den Akten und den Feststellungen der Vorinstanz, fest: Die Klägerin lieferte dem C. in der bisherigen Weise Waren. Für Lieferungen vom 12. September 1906 bis 26. August 1907 zog die Klägerin Wechsel auf C., die dieser einlöste; daneben wurden ihm von der Klägerin für seine Zahlungen à Conto-Quittungen ausgestellt (vom 10. August 1906 bis 1. Juli 1907). Vom 9. September bis 16. Oktober 1907 hat die Klägerin dem C. noch für Fr. 2449.75 — den eventuell geltend gemachten und von der Beklagten anerkannten Kaufpreis — Waren geliefert. Die Vorinstanz folgert aus diesen Tatsachen, dass die Kontrahenten in Wahrheit ein Kaufgeschäft nicht wollten. Demgegenüber hält die Klägerin daran fest, die Lieferungen seien stets auf Rechnung des Kaufpreises erfolgt; sie konstruiert das Verhältnis folgendermassen: Die Klägerin habe dem Kridar bis rund Fr. 3000 Waren geliefert auf Rechnung des Kaufpreises. Habe dann der Kridar neue Bestellungen gemacht über den Betrag des Kaufpreises von Fr. 3000 hinaus, so habe er zuerst die früheren Lieferungen bezahlen müssen; so seien die Lieferungen fortlaufend auf Rechnung des Kaufpreises geschehen. Diese eigene Darstellung der Klägerin

zeigt auf das deutlichste, dass eine Zahlung eines Kaufpreises nicht im Willen der Parteien lag; denn ein derartiger Zahlungsmodus stünde mit allen Regeln eines ernstlichen Kaufgeschäftes im Widerspruch. Daraus ist aber weiter, mit der Vorinstanz, zu folgern, dass ein Kaufgeschäft nicht gewollt war. Zwar würde an sich der Deckungszweck, nach bekannter bundesgerichtlicher Praxis, die Ernstlichkeit eines Kaufes nicht notwendig ausschliessen; allein es muss dann eben das Deckungsgeschäft nicht nur äusserlich in die Formen des Kaufes gekleidet sein, sondern der Wille der Parteien muss auf Uebertragung des Eigentums gegen Zahlung des Kaufpreises gerichtet sein. Dieser Wille war hier, nach dem eben gesagten, zunächst auf Seite der Klägerin ausgeschlossen: ihr Wille war nicht, Eigentum an den Maschinen gegen Zahlung des Kaufpreises zu erwerben; sondern sie wollte lediglich ihre Lieferungen fortsetzen, ohne dabei das Risiko des Verlustes ihrer Forderungen zu laufen, weshalb denn ihre angebliche Kaufpreisschuld fortlaufend prolongiert wurde. Dass sodann der Kridar nicht den Willen einer Eigentumsübertragung haben konnte, ergibt sich ebenfalls mit Sicherheit aus den Akten. Für ihn waren sowohl die Maschinen als auch die Lieferungen der Klägerin notwendig zum Betriebe seines Geschäftes; was er als Zeuge ausgesagt hat: er habe die Idee gehabt, dass er seine Maschinen „als Garantie verschrieben habe", klingt durchaus wahrscheinlich; das schliesst aber eine Hingabe zu Eigentum aus. Zu diesen entscheidenden Erwägungen kommt als weiteres Indiz, dass die Klägerin den „Mietzins" nie eingefordert hat. Danach ist die Eigentumsansprache der Klägerin vom Standpunkte der Simulation aus unbegründet. (Entsch. vom 19. September 1908 i. S. Landolt & Rüegg c. Konkursmasse Corradi.)

---

28. *Genossenschaft. Bedeutung des Art. 679 OR über die Mindestzahl der Genossenschafter und die Schriftlichkeit der Statuten.*

L'article 679 CO dispose que des statuts de l'association (acte constitutif) doivent être non seulement dressés par écrit, mais encore signés par sept sociétaires au moins. L'instance cantonale[1]) a vu dans cette obligation de signature une condition de fond jugeant que l'acte n'a pas été valablement signé par le défendeur Fr.-B., elle a conclu qu'il était nul en tant qu'acte constitutif d'une association.

La question de savoir quelle est la portée de l'art. 679 ne peut être tranchée qu'en prenant en considération les

[1]) Cour civile vaudoise.

art. 678 et 680. Le premier de ceux-ci dispose que pour former une association ayant droit à la personnalité civile, il faut une inscription dans le registre du commerce, et le second porte que l'inscription ne peut avoir lieu que sur le dépot, entre les mains du préposé au registre, des statuts munis des sept signatures exigées par l'article précédent. Or, en l'espèce, il ne s'agit pas de savoir si une association, dont six membres seulement ont signé les statuts, peut être inscrite, mais si une association composée de sept membres, dont six seulement auraient signé les statuts et qui a été inscrite au registre du commerce, a acquis la personnalité civile et a pu valablement s'engager à l'égard des tiers. Cette question ne peut être résolue qu'affirmativement. Il faut, en l'espèce. appliquer par analogie le principe posé par le Tribunal fédéral en ce qui concerne les sociétés anonymes: savoir que l'inobservation des prescriptions légales relatives à la constitution de la société ne modifie en rien les effets de l'inscription obtenue nonobstant ces irrégularités (RO **33** II 161 et loc. cit.). D'où il résulte que la prescription de l'art. 679 est une condition de forme et non de fond, contrairement à ce qu'a jugé l'instance cantonale.

Au reste l'art. 679 ne dispose pas que la signature des sept membres doive être apposée au pied de l'acte lui-même; tout au moins il ne le dit pas explicitement, et l'art. 12 CO al. 2 admet que, sauf disposition de la loi, un échange de lettre vaut comme forme écrite. Or, le préposé au registre a joint aux statuts, signés par six membres et indiquant la production d'une attestation de Fr., cette attestation, par laquelle ce dernier, se disant empêché de se rendre au bureau du préposé, demande à être considéré comme présent et appose sa signature légalisée par le Juge de paix. Prétendre, comme l'a fait l'instance cantonale, que cette signature ne remplit pas les conditions posées par l'art. 679 CO, parce qu'elle n'a pas été apposée au pied de l'acte lui-même, serait admettre une interprétation formaliste de cet article, contraire aux principes généraux du Code fédéral des obligations et aux tendances actuelles de la doctrine. (Entsch. vom 6. November 1908 i. S. Société anonyme des chocolats Frey et consorts c. Ferrand et Fromentin.)

---

29. *Lebensversicherung. Verwirkung wegen unwahrer Angaben des Versicherungsnehmers.*

I. Bedeutung der Unterschreibung des Antragsformulars.

II. Was sind erhebliche unwahre tatsächliche Angaben?

III. Kenntnis des Versicherers von der Unwahrheit der Angaben bei Kenntnis des Agenten?

IV. Veranlassung zu der unrichtigen Deklaration durch den Agenten?

Z. hatte sich bei der „Urbaine" alternativ auf den Todesfall oder auf 20 Jahre für die Summe von 40,000 Fr. versichern lassen zu Gunsten seiner selbst oder seiner gesetzlichen Erben. Entgegen der Tatsache, dass er von mehreren Lebensversicherungsgesellschaften abgewiesen worden war und einen Aufenthalt in einer Trinkerheilanstalt durchgemacht hatte, hatte er auf dem Versicherungsantrage bemerkt: „Norwich versichert; Basler Antrag gestellt", und die Erklärung betr. Krankheiten und durchgemachte Kuren verneint. Auch dem Arzte hatte er ähnliche Erklärungen abgegeben. Das Antragsformular war vom Versicherungsagenten D. ausgefüllt, aber von Z. unterschrieben worden. Auf Grund jener Tatsachen und der Bestimmung im Versicherungsantrage, welche lautete: „Da der gegenwärtige Antrag ausgefertigt worden ist, um als Grundlage der Versicherungspolize zu dienen, so würde letztere ungültig und wertlos sein, wenn die obigen Erklärungen nicht vollständig der Wahrheit entsprechen", verweigerte die „Urbaine" die Auszahlung der Versicherungssumme an die Ehefrau des inzwischen gestorbenen Versicherten. Im Prozesse hielt die Klägerin Z. der Verwirkungseinrede der Beklagten entgegen: Der Versicherer habe die verschwiegenen Tatsachen gekannt, da die Kenntnis des Agenten D. ihm zuzurechnen sei; ferner treffe den Versicherten kein Verschulden, da er durch den Agenten D. an der wahren Erklärung verhindert worden sei.

Wesentlich in Aufnahme dieser beiden Gründe gelangten die kantonalen (aargauischen) Gerichte zur Abweisung der Verwirkungseinrede und zur Gutheissung der Klage. Auf Berufung der Beklagten hin hat jedoch das Bundesgericht die Klage abgewiesen. Gründe: (Das Bundesgericht führt zunächst aus, dass, da die Polize selbst nicht eingelegt worden, die Erklärungen im Antragsformular als massgebend zu betrachten seien, und dass die unwahren Erklärungen dem Arzte gegenüber nicht zur Verwirkungsfolge herangezogen werden können, weil sich die Verwirkungsklausel des Antrags nicht auf sie beziehe. Das Urteil fährt dann fort:)

I. Die Erklärungen des Antragsformulars hat der Versicherte als die seinigen zu vertreten, trotzdem das Formular nach seinen Angaben vom Agenten ausgefüllt wurde; denn der Agent konnte die erklärten Tatsachen nur aus den Mit-

teilungen des Versicherten kennen, und es handelt sich nicht um den Fall, da der Versicherungsnehmer dem Agenten die Ausfüllung des Formulars selbständig überlässt, indem er en blanc unterzeichnet. (Vgl. Ehrenberg, Vers. R. I, S. 241 sub III, und den vom Vertreter der Klägerin zu Unrecht hier angerufenen Fall in Seuffert Arch. NF **9** Nr. 135.) Nach der Darstellung der Klägerin handelt es sich auch nicht etwa um ein Versehen des Agenten in der Ausfüllung des Antrages, sondern um einen Verzicht desselben auf die Entgegennahme der im Antrage formulierten Erklärung; inwieweit das aber der Verwirkung entgegensteht, ist unten zu erörtern; hier ist vorläufig nur so viel festzustellen, dass die Erklärungen als solche des Versicherungsnehmers zu gelten haben. Ganz irrelevant ist dabei, ob die freigelassenen Stellen des Formulars durchgestrichen sind oder nicht; denn es handelt sich nicht (im Gegensatz zu den sonst üblichen Antragsformularen) um Frage und Antwort, sondern es sind positive Erklärungen gedruckt, bei denen Abweichendes hineinzuschreiben wäre.

II. Von den beiden dem Versicherten vorgeworfenen unwahren Angaben fällt die nach durchgemachten frühern Krankheiten schon deshalb ausser Betracht, weil sie nur dem Arzte gegenüber, nicht im Antragsformular abgegeben wurde. Zudem aber könnte hierin ein Verschulden des Versicherten — und nur eine schuldhafte Verletzung der Anzeigepflicht kann nach der bundesgerichtlichen Praxis die Verwirkungsfolgen nach sich ziehen; vgl. Samml. des Vers.-Amtes Nr. 86, 87, 89 — nicht erblickt werden: denn der Alkoholismus wird, wie die Vorinstanzen zutreffend ausführen, im landläufigen Sinn nicht als „Krankheit" betrachtet, wie denn auch die Beklagte selbst durch Nr. 11 der Fragen an den Arzt[1]) zu erkennen gibt, dass sie ihn selbst nicht zu den Krankheiten rechnet; ebenso wird eine Trinkerheilanstalt gemeiniglich nicht als „Kurort" betrachtet. Dagegen ist die weitere Erklärung, dass niemals infolge ärztlicher Untersuchung eine Versicherung unterblieben sei, zunächst objektiv unrichtig; denn die Zurückweisung durch die „Karlsruher" war nach ärztlicher Untersuchung und ganz offenbar infolge dieser erfolgt. Die dadurch verschwiegene Gefahrstatsache ist eine erhebliche, d. h. eine solche, die geeignet war, auf den Entschluss des Versicherers einzuwirken; das ergibt sich schon aus der Aufnahme im Antragsformular, ist aber auch sonst einleuchtend; nicht in Betracht fällt für die Erheblichkeit, ob die verschwiegene Tatsache sich nachher als kausal zum Schaden resp. zum eingetretenen Tod er-

[1]) besondere Frage über Lebensweise und Missbrauch geistiger Getränke

wiesen hat (BGE **22** S. 807 ff. E. 2). Dass sodann die verschwiegene Tatsache dem Versicherungsnehmer bekannt war, bedarf keines Wortes der Ausführung.

III. Dass der Versicherer die unwahre Erklärung nicht als Verwirkungsgrund anrufen kann, wenn er bei Entgegennahme der Erklärung die Wahrheit schon kannte, ergibt sich ohne weiteres aus der Bedeutung der Anzeigepflicht, die den Versicherer über ihm nicht bekanntes Material zur Beurteilung des Risikos unterrichten soll; auch würde der Geltendmachung der Verwirkungsklausel die exceptio doli entgegenstehen. (Vgl. auch Vers.-Ges. Art. 8 Z. 4.) Dagegen beurteilt sich die hier streitige Frage, ob die Kenntnis des Agenten derjenigen des Versicherers gleichstehe, nach der Vollmacht des Agenten. Im vorliegenden Falle sind die Agenten D. weder als blosse Makler anzusehen, die die Parteien bloss zusammenzuführen hatten, noch als zum Vertragsabschluss selbst, als Stellvertreter der Beklagten, bevollmächtigte Agenten. Bei Beurteilung der Vollmacht der Agenten ist darauf abzustellen, wie der Agent nach aussen auftritt, und es darf der in Art. 34 Vers.-Ges. enthaltene Satz, wonach für die Vollmacht massgebend ist, was die Verrichtungen von Agenten gewöhnlich mit sich bringen, schon als Satz des geltenden Rechtes bezeichnet werden. (Vgl. auch Samml. des Vers.-Amtes Nr. 224 ff.) Es ist daher Sache des Versicherungsnehmers, der die Kenntnis des Versicherers zu beweisen hat, nachzuweisen, dass Erklärungen, wie die vorliegende, gewöhnlich mündlich einem Agenten gegenüber abgegeben zu werden pflegen. Ein solcher Beweis ist nun aber nicht geleistet. Gegenteils ergibt sich aus der Vorlegung eines Formulars mit Aufforderung zur Unterschrift, dass der Versicherer eine schriftliche Erklärung des Versicherungsnehmers selbst erhalten will; ganz besonders kann nicht anerkannt werden, dass der Agent bevollmächtigt sei, Erklärungen entgegenzunehmen, die den dem gedruckten Normalfall entgegengesetzten Inhalt haben. (Vgl. Ehrenberg a. a O., S. 238.) Die Kenntnis des Agenten kann daher dem Versicherer in diesem Falle nicht zugerechnet werden. (So auch Seuffert Arch. **25** Nr. **73**; anders lag der von der Klägerin angerufene Fall **24** Nr. 31.) Es kann auch im vorliegenden Falle, falls man das Kennenmüssen dem Kennen gleichstellen will (vgl. Art. 8 Z. 4 Vers.-Ges.), nicht gesagt werden, dass sich die Beklagte fahrlässig einer Kenntnis, die sich ihr aufdrängte, verschlossen habe; denn die einzig hiefür geltend gemachte Tatsache: die Zurückstellung durch die „Leipziger“, vermag ein Kennenmüssen nicht zu begründen.

IV. Auch von einer Veranlassung zu der unrichtigen Deklaration und daraus folgendem Nichtverschulden des Versicherungsnehmers kann hier nicht gesprochen werden. Denn nach dieser Richtung steht nach der für das Bundesgericht verbindlichen Beweiswürdigung der Vorinstanz (die Beklagte geht fehl, wenn sie diese Beweiswürdigung vor Bundesgericht anfechten will) nur fest, dass einer der Agenten, Cäsar D., dem Versicherungsnehmer versicherte, er werde trotz der Abweisung bei andern Gesellschaften bei der Beklagten doch aufgenommen werden, wenn er ein ärztliches Zeugnis beibringe, da seine Lebensverhältnisse andere geworden seien. Diese Aeusserung erfolgte aber bei Beginn der Unterhandlungen, nicht bei Redigierung des Antragsformulars; sie kann auch unmöglich als Aufforderung zu wahrheitswidriger Erklärung angesehen werden. Und abgesehen hievon könnte der Versicherungsnehmer sich nur auf die Zusicherungen eines Bevollmächtigten des Versicherers berufen, um sein Verschulden zu entkräften. Nachdem der Versicherer ihn zu einer bestimmten Erklärung aufgefordert, durfte er nicht auf den Rat eines dritten hören, und zu einem Verzicht auf die Erklärung war der Agent nach dem in Erw. III gesagten nicht befugt. Noch weniger geht es an, dass der Versicherungsnehmer dem Versicherer eine Erklärung abgibt, und das Gegenteil davon dem zur Entgegennahme der Erklärung nicht bevollmächtigten Agenten mitteilt: die Schriftlichkeit der Erklärung will gerade solchen Unsicherheiten, wie sie durch das Zusammenwirken mehrerer Personen entstehen können, vorbeugen. Der Versicherungsnehmer konnte übrigens auch aus der verlangten detaillierten Erklärung sehen, dass seine mündliche Erklärung an den Agenten nicht genügte. Auch diese Replik der Klägerin trifft sonach nicht zu. (Entsch. vom 19. September 1908 i. S. „Urbaine“ c. Zuberbühler.)

---

30. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889, Art. 311. Nachlassvertrag. Unverbindlichkeit gegenüber den Pfandgläubigern für den durch das Pfand gedeckten Forderungsbetrag? Einfluss der Schätzung des Sachwalters im Nachlassverfahren und der Nichtanfechtung dieser Schätzung durch den Pfandgläubiger.*

Eine dem H. verpfändete Lebensversicherungspolize auf den Betrag von 5000 Fr. war im Konkurse des Verpfänders, sowie in dessen nachherigen Nachlassverfahren mit dem Rückkaufswerte von Fr. 596.60 unter „Faustpfandwerte“ kolloziert worden. Nach dem Tode des Verpfänders entstand zwischen

dem Pfandgläubiger und den Kindern des Verpfänders Streit darüber, wem die Versicherungssumme zufallen solle, wobei insbesondere auch der Umfang des Pfandrechtes streitig war. Das Bundesgericht hat darüber Folgendes ausgeführt:

1. Es frägt sich, ob nach Art. 311 SchKG das Pfandrecht des Beklagten durch die Schätzung des Sachwalters im Nachlassverfahren, und allenfalls durch Nichtanfechtung dieser Schätzung seitens des Beklagten, auf den Betrag der Schätzung reduziert worden sei.

Für die Auffassung der Kläger, wonach der Nachlassvertrag für die Pfandgläubiger bloss bezüglich des nach der Schätzung des Sachwalters gedeckten Betrages unverbindlich ist, lässt sich namentlich die Erwägung anführen, dass nur bei dieser Lösung sämtliche Beteiligte von Anfang an Klarheit über den Umfang ihrer Rechte erhalten. Speziell der Nachlassschuldner hat ein erhebliches Interesse daran, sofort zu wissen, inwieweit das Pfand für die pfandversicherte Forderung zu haften fortfährt, und ob er in der Lage sei, einen allfälligen Mehrerlös (über die Schätzung des Sachwalters) zur Beschaffung der Nachlassdividende zu verwenden. Aber auch die Chirographargläubiger können ein Interesse daran haben, dass ein Pfandgläubiger nicht für einen Betrag die Nachlassdividende beziehe, welchen er vielleicht später infolge Mehrerlöses des Pfandes ungeschmälert erhält; ferner unter Umständen auch daran, dass der Pfandgläubiger für diesen Betrag nicht zur Ausübung des Stimmrechtes (im Sinne von Art. 305 SchKG) zugelassen werde.

Anderseits haben nun aber die Pfandgläubiger ein noch viel grösseres Interesse daran, dass ihr Pfandrecht nicht durch eine einfache Schätzung seitens des Sachwalters definitiv auf den Betrag dieser Schätzung reduziert werde. Abgesehen davon, dass jede Schätzung einen mehr oder weniger subjektiven Charakter hat, ist zu beachten, dass ein Pfandgegenstand oft speziell für den Pfandgläubiger einen höhern als den Verkehrswert besitzt, sei es, dass der Pfandgläubiger infolge einer der Annahme des Pfandes vorausgegangenen besondern Untersuchung den wirklichen Wert des Pfandes genauer eruiert hat, als es ein Unbeteiligter nachträglich tun kann, sei es, dass der Pfandgläubiger bei einer allfälligen Ersteigerung des Pfandobjektes besser als irgend ein dritter zu einer vorteilhaften Verwendung desselben befähigt ist (da er sich vielleicht gerade mit Rücksicht hierauf zur Belehnung des Pfandes entschlossen hat), sei es endlich, dass es sich, wie im vorliegenden Falle und wie überhaupt bei der in Handel und

Wandel sehr häufigen Belehnung von Lebensversicherungspolizen, um ein Objekt von möglicherweise sehr niedrigem, möglicherweise aber sehr hohem Wert handelt. In all diesen Fällen hat bei der Belehnung des Pfandes ein gewisses aleatorisches Moment mitgespielt, welches naturgemäss bei einer amtlichen Schätzung des Pfandes den Schätzungspreis erheblich herabzudrücken geeignet ist. Ergibt sich daher später ein Mehrwert über die Schätzung des Sachwalters, so erscheint es unbillig, denselben dem Pfandgläubiger, welcher — nicht nur etwa bis zum Momente der Schätzung, sondern bis zum Momente der Realisierung — das der Mehrwertchance entsprechende Risiko getragen hatte, zu entziehen. Denn wenn die Kläger das Postulat aufgestellt haben, es solle der Pfandgläubiger von einem spätern Mehrwert ebensowenig profitieren, wie ihm anderseits ein allfälliger Minderwert des Pfandes schaden dürfe, so ist demgegenüber zu bemerken, dass ein allfälliger Minderwert des Pfandes dem Pfandgläubiger stets schadet, da ihm ja niemand für einen Erlös in der Höhe des Schätzungsbetrages garantiert hat.

Im weitern ist von der Klagpartei und von der Vorinstanz[1]) darauf hingewiesen worden, dass der Pfandgläubiger gegen die Schätzung des Sachwalters Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde einlegen könne, was im vorliegenden Falle der Beklagte unterlassen habe. Abgesehen davon jedoch, dass auch mit einer Beschwerde die Berücksichtigung allfälliger speziell dem Pfandgläubiger bekannter werterhöhender Faktoren in der Regel nicht erreicht werden wird und dass insbesondere gerade im vorliegenden Falle eine Beschwerde aussichtslos gewesen wäre, weil die amtliche Schätzung, im Nachlassverfahren ebenso wie im Konkurse, naturgemäss nur auf den Rückkaufswert der Polize lauten konnte, so ist gegenüber obigem Hinweise namentlich zu betonen, dass der Pfandgläubiger durch Erhebung einer Beschwerde über eine zu niedrige Schätzung des Pfandes sein eigenes Recht auf die Nachlassdividende schmälern würde, was ihm doch kaum zuzumuten ist.

Sodann fällt in Betracht, dass überall sonst, im Konkursverfahren sowohl als im Pfändungs- und im Pfandverwertungsverfahren, der Pfandgläubiger die Möglichkeit besitzt, durch Teilnahme an der das Pfand betreffenden Steigerung den Losschlag des Pfandes an einen dritten zu einem geringern als dem seiner Ueberzeugung nach den wirklichen Wert des

---

[1]) Obergericht des Kantons Solothurn.

Pfandes darstellenden Preise zu verhindern. Im Falle eines Nachlassvertrages aber würde nach der Auffassung der Vorinstanz die ganze Exekution durch eine einfache Schätzung des Pfandes ersetzt, auf deren Höhe einzuwirken der Pfandgläubiger meistens nicht in der Lage ist.

Endlich mag, was speziell die Lebensversicherungspolizen betrifft, daran erinnert werden, dass dieselben — ganz abgesehen von dem möglicherweise schlechten Gesundheitszustand des Versicherten, welcher bei Festsetzung des Rückkaufswertes ja nicht berücksichtigt wird, dem Pfandgläubiger aber bekannt sein kann — für den Pfandgläubiger in der Regel einen bedeutend höhern Wert besitzen, als den Rückkaufswert. Denn der Pfandgläubiger ist meistens in der Lage, den Schuldner zur Prämienzahlung anzuhalten. Auch steht ihm, sobald sich der Schuldner ihm gegenüber zur Prämienzahlung verpflichtet hat, die Möglichkeit zu, dadurch, dass er bei Säumnis des Schuldners selber (unter Behaftung des Schuldners) die Prämie zahlt, zu verhindern, dass der Wert der Polize infolge Nichtzahlung der Prämien unwiderruflich auf den Rückkaufswert sinke, eine Möglichkeit, von welcher der Pfandgläubiger gerade im vorliegenden Falle Gebrauch gemacht hat.

2. Wäre es nach dem Gesagten zum mindesten eine Unbilligkeit, an die Schätzung des Sachwalters ohne weiteres die Rechtsfolge einer Reduktion der pfandversicherten Forderung auf den Betrag der Schätzung zu knüpfen, so dürfte diese Rechtsfolge doch jedenfalls nur dann zugelassen werden, wenn sich dieselbe mit absoluter Notwendigkeit aus dem Wortlaut des Gesetzes oder aus der ratio legis ergeben würde. Dies ist aber nicht der Fall.

Aus dem Wortlaut von Art. 311 ist, wenn man diesen Wortlaut mit demjenigen von Art. 305, Abs. 2 vergleicht, eher zu schliessen, dass in Art. 311 unter dem „durch das Pfand gedeckten Forderungsbetrag" der wirklich gedeckte Betrag zu verstehen sei; denn (lässt sich argumentieren): hätte der Gesetzgeber, ebenso wie in Art. 305, Abs. 2, so auch in Art. 311, auf den nach der Schätzung des Sachwalters gedeckten oder ungedeckten Betrag abstellen wollen, so hätte er dies in Art. 311, ebenso wie in Art. 305, Abs. 2, deutlich gesagt; dies umso mehr als in Art. 311, wo es sich um zukünftige Rechtsverhältnisse handelt, die Beifügung dieser Worte zur Verdeutlichung jedenfalls noch nötiger gewesen wäre, als in Art. 305, wo es sich um die Ausübung des Stimmrechtes handelt, bei welch letzterem ja sowieso

nicht auf erst später sich ergebende Wertverhältnisse abgestellt werden konnte.

Wie dem jedoch sei (vgl. übrigens den im französischen Text noch stärkeren Unterschied zwischen der Fassung von Art. 311 und derjenigen von Art. 305, Abs. 2), jedenfalls ergibt sich aus der ratio legis nicht die Notwendigkeit, das Nachlassverfahren in so weitgehender Weise auf die Rechte der Pfandgläubiger einwirken zu lassen, wie es die Vorinstanz getan hat. Wenn auch zuzugeben ist, dass der schweizerische Gesetzgeber, im Gegensatz zum gemeinen Recht und zu den Gesetzgebungen anderer Staaten (vgl. z. B. die deutsche KO § 193), den Grundsatz, wonach die Rechte der Pfandgläubiger durch den Zwangsnachlass nicht berührt werden, in Art. 311 SchKG durchbrochen hat, so liegt doch jedenfalls keine Veranlassung vor, diese Ausnahmebestimmung extensiv zu interpretieren; dies umso weniger, als auch im ersten Entwurf zum schweizerischen Gesetz (in Art. **149** des Entwurfes von 1874) ausdrücklich bestimmt war, dass der Nachlassvertrag die pfandversicherten Forderungen nicht berühre.

Es ist daher mit den Kommentatoren des SchKG (Jäger, Anm. 4 zu Art. 311; Weber-Brüstlein-Reichel, Anm. 4 zu Art. 311; Martin, S. 394) und mit zwei Urteilen kantonaler Gerichtshöfe (Zürcher Blätter 1903, S. 93; ZbJV, **29** S. 216) anzunehmen, dass die pfandversicherten Forderungen vom Nachlassvertrag insoweit unberührt bleiben, als sie durch das Pfand wirklich gedeckt sind. Dabei steht Art. 311 der Anhebung oder Fortsetzung der Pfandbetreibung für den ursprünglichen Forderungsbetrag (abzüglich der allfällig schon erhaltenen Nachlassdividende) nach Abschluss des Nachlassverfahrens ebensowenig entgegen, wie z. B. Art. 312 oder Art. 206 (vgl. hierüber BGE **22** S. 689 ff.). Allerdings befinden sich die Beteiligten, so lange die Pfandbetreibung nicht durchgeführt ist, und sofern nicht etwa, wie im vorliegenden Falle, die Realisierung des Pfandes von selbst eintritt, noch im Ungewissen darüber, inwieweit der Nachlassvertrag auf die pfandversicherte Forderung eingewirkt und inwieweit er sie unberührt gelassen habe. Diese Ungewissheit berechtigt indessen den Schuldner nicht, gegen die Pfandbetreibung Rechtsvorschlag zu erheben, bezw. gestützt auf Art. 85 die Aufhebung oder Einstellung der Betreibung zu verlangen: letzteres insbesondere kann er erst, wenn etwa nach durchgeführter Pfandbetreibung der Gläubiger versuchen sollte, gestützt auf Art. 158, Abs. 2 die Fortsetzung der Betreibung auf dem Wege der Pfändung oder des Konkurses zu erwirken.

Bei dieser Sachlage braucht die in Literatur und Praxis kontroverse, von der Vorinstanz und den Parteien eingehend erörterte Frage, ob der Nachlassvertrag, insoweit er für die Gläubiger verbindlich ist, Naturalobligationen hinterlasse oder nicht (vgl. darüber BGE **28** II S. 581), im vorwürfigen Prozesse nicht entschieden zu werden. Denn vor stattgefundener Pfandverwertung ist nach dem Gesagten die Forderung des Pfandgläubigers, wenn auch nur auf dem Wege der Pfandbetreibung, exequierbar, also jedenfalls mehr als eine Naturalobligation; nach stattgefundener Pfandverwertung ist aber der den Pfanderlös übersteigende Teil der pfandversicherten Forderung, soweit nicht etwa die Zahlung der Nachlassdividende noch aussteht, auch dann nicht mehr exequierbar, wenn angenommen wird, er bestehe als Naturalobligation weiter. Vergl. speziell über letztern Punkt: Brand, im Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs, S. 147, sub 4.

3. Obiger Interpretation von Art. 311 SchKG steht auch der Umstand nicht entgegen, dass der Pfandgläubiger allerdings in den Fall kommen kann, für einen solchen Teil seiner Forderung voll gedeckt zu werden, für welchen er im Nachlassverfahren bereits das Stimmrecht ausgeübt und die Dividende bezogen hat, wie auch umgekehrt der Fall denkbar ist, dass der Pfandgläubiger bei der Pfandverwertung nicht einmal den Schätzungswert des Pfandes realisiert, also zu wenig Dividende bezogen hat und in seinem Stimmrecht verkürzt worden ist. Was speziell die Regelung der Stimmrechtsverhältnisse betrifft, so ist eine nachträgliche Korrektur hier allerdings praktisch ausgeschlossen; allein die darin liegende Unzukömmlichkeit ist jedenfalls nicht schwerwiegenderer Natur, als z. B. der Umstand, dass im Konkurse schon von der ersten Gläubigerversammlung wichtige Beschlüsse (z. B. betr. Einsetzung einer privaten Konkursverwaltung) gefasst werden können, trotzdem ja in diesem Augenblick noch gar nicht einmal feststeht, wer wirklich Gläubiger ist. Was aber die allfällig zu viel oder zu wenig bezogene Nachlassdividende betrifft, so ist hier eine Remedur (durch nachträgliche Einforderung des zu wenig bezogenen oder durch Rückforderung des zu viel bezahlten) sehr wohl denkbar. (Entsch. vom 2. Oktober 1908 i. S. Hochuli c. Schibler.)

B. Kantonale Entscheide.

31. *Unfallhaftpflicht des Dienstherrn gegen den Angestellten. Regress des ersteren gegen den Schädiger. Sogen. unechte Solidarität. Art. 50 und 62 OR. Art. 1 ff. Eisenbahnhaftpflichtgesetz vom 28. März 1905.*

Basel-Stadt. Urteil des Appellationsgerichts vom 16. Februar 1909 i. S. Allgemeine Droschkenanstalt Gebr. Keller c. Birsigtalbahn A.-G.

Am 23. Juni 1907 abends nach 11 Uhr stiess ein Zug der Birsigtalbahn eine nach Oberwil fahrende Droschke von hinten an, die Droschke wurde umgeworfen und der Kutscher V. Dobler erlitt nicht unerhebliche Verwundungen. Dobler belangte seine Dienstherren, die Gebr. Keller, auf Grund des erweiterten Unfallhaftpflichtgesetzes auf Schadenersatz, worauf die Gebr. Keller nicht nur diese Klage wegen Verschuldens des Kutschers bestritten, sondern auch gleichzeitig die Birsigtalbahn auf Ersatz der von ihnen an Dobler für Spitalpflege bereits bezahlten Fr. 1086.50 und des Betrages nebst Zinsen und Kosten, zu dessen Zahlung sie in ihrem Prozesse gegen Dobler etwa verurteilt werden sollten, einklagten. Die Birsigtalbahn beanstandete dieser Klage gegenüber zunächst, dass ein Regressanspruch vor Erledigung des Haftpflichtprozesses mit dem Kutscher gerichtlich geltend gemacht werde; bezüglich der eingeklagten Fr. 1086.50 lehnte sie alle Verantwortlichkeit ab wegen groben Selbstverschuldens des Kutschers. Das Zivilgericht, das unterdessen den Prozess Doblers gegen Gebr. Keller entschieden hatte, verwarf die erste Einrede der Birsigtalbahn, erklärte das Verfahren der Kläger als prozessualisch zulässig, und verurteilte die Beklagte auf Grund von Art. 50 OR, wonach Beklagte für den durch ihr Verschulden (mangelhafte Beleuchtung) verursachten Schaden, und von Art. 62 OR, wonach sie für das schuldhafte Verhalten des Wagenführers (Nichtabgabe genügender Warnungssignale) einzustehen habe, zu Ersatz von zwei Drittel der Gesamtentschädigung, zu der Gebr. Keller gegenüber dem Kutscher verurteilt worden waren.

Das Appellationsgericht hatte sich auch wieder zuerst mit der Frage auseinander zu setzen, ob die Regressklage bezüglich des noch nicht festgestellten Betrages in diesem Verfahren habe erhoben werden können. Es entschied darüber, dass allerdings die Gebr. Keller die Verurteilung der Birsigtalbahn zur Zahlung eines bestimmten Betrages an sie nur verlangen können, wenn sie selber ihn schon bezahlt haben, dass

aber kein rechtliches Hindernis bestehe, das zweite Rechtsbegehren (Verurteilung zu dem Betrage, zu dessen Zahlung sie, Gebr. Keller, gegen den Kutscher verurteilt werden sollten) als Feststellungsklage über die Regresspflicht aufzufassen und zu behandeln, und dass somit hierüber, über die Feststellung der Regresspflicht, abgeurteilt werden könne. Ueber das Bestehen eines Regressrechtes der Gebr. Keller selbst sprach sich hierauf das Appellationsgericht folgendermassen aus:

„Das Zivilgericht hat die Regresshaftung der Beklagten auf die Art 50 und 62 OR gegründet, wobei es aber unklar bleibt, auf welche dieser Bestimmungen schliesslich entscheidend abgestellt wird und auf welcher Seite die Beweislast liegt. Diese Begründung ist unhaltbar. Selbst vorausgesetzt, dass sich die Beklagte oder einer ihrer Angestellten eines deliktischen Verhaltens im Sinne von Art. 50 schuldig gemacht habe, so ist dadurch jedenfalls die Klagpartei nur hinsichtlich des Materialschadens der ihr gehörenden Droschke geschädigt worden. Der dem Dobler durch die Körperverletzung entstandene Schaden hingegen kann nur in der Person des Dobler selbst einen Anspruch begründen. Es ist begrifflich undenkbar, dass mit dem Unfall gleichzeitig eine Vermögensschädigung des Kutschers und eine solche der Kläger eingetreten ist. Der Unfall hat vielmehr bloss eine gesetzliche Haftungspflicht der Klägerin ausgelöst, welche die Schädigung des Kutschers zur rechtlichen Voraussetzung hat. Die Auffassung der Vorinstanz hätte zur Konsequenz, dass nach Art. 50 aus dem Unfall auch die Klägerin gegen die Beklagte vorgehen könnte, ohne dass Dobler einen Anspruch erhebt. Es hat also eine Klage des haftpflichtigen Unternehmers gegen die Bahn nicht nur den Unfall, sofern er überhaupt eine unerlaubte Handlung nach Art. 50 in sich schliesst, zur Voraussetzung, sondern zum Klagfundament gehört auch, dass der aus der erweiterten Fabrikhaftpflicht Berechtigte seinen Anspruch gegen den Unternehmer geltend macht und durchsetzt.

Auch Art. 4 des erwähnten Haftpflichtgesetzes liesse sich für die Klagbegründung nicht verwenden. Diese Bestimmung gibt dem Unternehmer einen Rückgriff gegen diejenigen Personen, welche den Unfall verschuldet haben und für deren Verschulden er kraft Gesetzes einzustehen hat, also in erster Linie für seine eigenen Mandatare und Angestellten (Art. 1), sodann für die in Art. 2 genannten Personen und überhaupt für solche, welche vertraglich die Arbeit, bei welcher der Unfall sich ereignet hat, übernommen haben. Im vorliegen-

den Fall haftet aber die Klägerin nicht für ein Verschulden der Bahn, das sie zu vertreten hätte, sondern ex lege als Unternehmer schlechthin.

Dagegen lässt sich der Klaganspruch daraus herleiten, dass neben der Klagpartei auch die Beklagte dem Dobler direkt für die Folgen des Unfalls haftet und zwar nach Art. 1 ff. des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes vom 28. März 1905. Die Rechtslage, bei welcher dem Dobler zwei Klagen elektiv zur Verfügung stehen, der Anspruch aber durch Zahlung seitens des einen der Schuldner untergeht, soweit er auch gegen den andern bestanden hat, muss zur Folge haben, dass, wenn er gegen den einen Haftbaren vorgeht, dieser unter gewissen Voraussetzungen den Rückgriff gegen den andern hat.

Die neuere Doktrin und Judikatur fasst diese und verwandte Fälle unter den Begriff der unechten (unvollkommenen, zufälligen) Solidarität zusammen (vergl. darüber im allgemeinen Crome in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd 35 S. 100 ff.; Eisele in Archiv für die zivil. Praxis Bd 77, S. 464; Oertmann, die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch, S. 111, 269, 293 ff.; Dernburg, bürgerl. Recht Bd II T. 1, 1. Aufl. S. 417; Staudinger, Kommentar zum BGB 1. Aufl. S. 395, 410; Entscheid des Reichsger. Bd 61, S. 56, 61). Die Solidarität ist keine echte, weil nicht Einheit des Tatbestandes und des Rechtsgrundes vorliegt; wohl aber liegt ein rechtliches Moment der Solidarität darin, dass durch die Zahlung des einen Schuldners an den Gläubiger der Schaden gedeckt wird und nicht noch einmal vom andern Schuldner verlangt werden kann. Es würde der Billigkeit widersprechen, wenn der zufällig eingeklagte Schuldner den ganzen Schaden an sich tragen müsste. Für das deutsche Recht wird die Annahme eines Rückgriffsrechts dadurch erleichtert, dass § 420 BGB Einheit des Schuldgrundes der Haftbaren nicht ausdrücklich fordert (vergl. Dernburg l. c., Reichsgericht l. c.). Aber auch für das schweizerische Recht darf eine Regresspflicht unbedenklich angenommen werden (Guhl, Kennt das schweizer. OR einen inneren Unterschied zwischen passiver Korrealität und Solidarität? Leipziger Doktordissertation 1908 S. 162 ff.). Auch das Bundesgericht hat gelegentlich (Bd 27 II, S. 490) die Berechtigung eines solchen Rückgriffs zwischen einem aus Delikt und einem aus Haftpflichtgesetz haftbaren Schuldner angedeutet. Ist auch zuzugeben, dass der Gesetzgeber bei Normierung des Begriffs der Solidarität (Art. 162 OR) und des Rückgriffs (Art. 168) nur echte Gesamtschuldverhältnisse vor Augen gehabt haben mag, so steht der Wortlaut dieser Be-

stimmungen, wonach mangels einer Willenserklärung in den vom Gesetz bestimmten Fällen Solidarhaft eintrete, der Subsumierung unechter Solidaritätsfälle durch Analogie jedenfalls nicht entgegen, umso weniger, als speziell, wie hier, bei Schulden aus Fabrikhaftpflicht und Eisenbahnhaftpflicht die Rechtsgründe zwar nicht identisch, aber doch ausserordentlich nahe verwandt sind und es sich um einen einheitlichen klagbegründenden Tatbestand handelt. Die analoge Anwendung erweist sich auch umso notwendiger, als das schweizerische Recht das Hilfsmittel des Rechtes auf Cession des Anspruchs des Beschädigten an den zahlenden Schuldner, wie es das deutsche Recht (§ 255 BGB) kennt, nicht besitzt.

Dabei muss allerdings der Regress nach zwei Seiten hin eine Beschränkung erfahren, die sich aus der Natur der Sache ergibt. Einmal kann Solidarität im Sinne der vorstehenden Ausführungen nur soweit angenommen werden, als eine ihrem Umfange nach gleichmässige Haftung vorliegt. Haftet somit der eine Schuldner (hier die Bahn) nach seinem Gesetz schärfer als der andere, der Unternehmer, so reicht die Gesamthaftung nur bis zu dem Punkte, bis zu welchem beide gleichmässig haften. Im vorliegenden Fall haftet in thesi die Bahn strenger, weil das Maximum des Fabrikhaftpflichtgesetzes wegfällt und ein Zufallsabzug nicht zulässig ist. Die Beklagte hätte also dem Dobler gegenüber sogar noch eine weitere Leistung zu machen als die Klägerin. Sodann wird es bei der Beurteilung, ob und in welchem Grade ein Regress stattfinden könne, vor allem darauf ankommen, ob den einen Schuldner überhaupt ein Verschulden, eventuell ein grösseres oder geringeres Verschulden an dem Schaden trifft als den andern. Liegt auf keiner Seite ein Verschulden, so wird der Schaden zu gleichen Teilen aufzuerlegen sein (vergl. Urteil d. BG Bd **24** II S. 136 Erw. 8).

Dabei liegt die Beweislast dem Regresskläger ob, wenn er vom Beklagten mehr fordert als den Kopfteil."

(Es folgt nun eine Prüfung des Tatbestandes, soweit er sich mit Sicherheit ermitteln liess, und das Gericht zieht daraus den Schluss, dass auf Seiten der Bahn kein Verschulden vorliege, und somit der Schaden von den Parteien zu gleichen Teilen zu tragen sei. Das Dispositiv des Urteils erhielt dann die Fassung: Es wird festgestellt, dass die Beklagte der Klägerin für den Betrag von Fr. . . . . . (Hälfte des an Dobler zu entrichtenden Betrags) . . . . . regresspflichtig ist.)

(Direkte Mitteilung.)

32. *Accident causé par un automobile. Responsabilité du patron. Art. 62 CO.*

Genève. Jugement de la Cour de Justice civile du 24 octobre 1908 d. l. c. Pachon c. Armleder.

Pachon a été victime d'un accident survenu par une automobile appartenant à Armleder et pilotée par son cocher et chauffeur Niedermaier. Il a actionné solidairement Niedermaier et Armleder en paiement des dommages-intérêts. Le tribunal de 1ère instance a condamné les deux défendeurs solidairement; la responsabilité d'Armleder a été basée sur l'art. 62 CO et motivée par les faits que le cours qu'il a fait suivre à son ancien cocher N., le certificat que celui-ci a obtenu, l'autorisation de conduire qui lui a été délivrée par l'autorité compétente n'étaient pas des garanties suffisantes de ses aptitudes et qu'il était indispensable de lui faire faire encore un stage dans un garage. La Cour a réformé ce jugement et débouté Pachon de sa demande en ce qui concerne Armleder.

Motifs: La Cour ne saurait admettre qu'Armleder ait commis une négligence, en choisissant son ancien cocher pour en faire un chauffeur. Ces deux professions exigent, en effet, les mêmes qualités de sang froid et de coup d'œil, et la même connaissance de la police des routes et des règlements de circulation. En faisant suivre à Niedermaier le cours spécial institué officiellement pour former les conducteurs d'automobiles, et en ne lui confiant sa voiture qu'après qu'il eût obtenu l'autorisation de conduire qui, aux termes de l'article 3 de l'arrêté législatif du 21 février 1903, n'est délivrée qu'après constatation faite des aptitudes du candidat à conduire sa voiture, sans danger pour la sécurité publique; en lui recommandant constamment de ne pas aller trop vite, ainsi que l'a déclaré un témoin, Armleder a pris certainement toutes les précautions nécessaires pour prévenir un accident, et l'on ne voit pas pourquoi il aurait encore dû faire subir à son chauffeur un stage dans un garage, alors que l'autorité, responsable de la sécurité de la circulation, déclarait celui-ci capable de conduire une automobile. (La Semaine judiciaire, XXXI p. 787 ss.)

---

33. *Kauf auf Abruf. Annahme- oder Erfüllungsverzug? Art. 107 oder 122 OR?*

Zürich. Urteil der I. Appellationskammer vom 1. Juli 1908.

F. hatte mit einer Velofabrik einen Vertrag abgeschlossen, wonach er sich verpflichtete, bis zu einem bestimmten Zeit-

punkt eine Anzahl Fahrräder abzunehmen und nach Empfang bar zu bezahlen. Nachdem er einige solcher Fahrräder bezogen, blieb er mit dem Abruf der übrigen im Rückstand. Die Velofabrik setzte ihm daher — nach Ablauf des Abruftermins — eine Frist an, um die restierenden Räder abzurufen, unter der Androhung, dass sie sonst den Vertrag als aufgehoben betrachten und Schadenersatz verlangen würde. Da F. dieser Aufforderung nicht nachkam, belangte ihn die Fabrik auf Bezahlung der Differenz zwischen ihrem Selbstkostenpreise und dem Vertragspreise und siegte damit ob, zweitinstanzlich mit folgender Begründung:

1. Die Entscheidung des Prozesses ist davon abhängig, ob der Beklagte nicht nur im Annahme-, sondern auch im Erfüllungs-, also Zahlungsverzug sich befunden habe; denn nur im letztern Fall ist Art. 122 OR anwendbar, während der blosse Annahmeverzug der Klägerschaft nur das Recht gegeben hätte, gemäss Art. 107 vorzugehen. In erster Linie ist nun in der Aufforderung und Fristansetzung zum Abruf auch eine Inverzugsetzung bezüglich der Zahlungspflicht zu erblicken, weil nach der zwischen den Parteien bestehenden Vereinbarung die Zahlung sofort nach Abnahme der Ware zu erfolgen hatte, was in dieser Richtung einer Leistung Zug um Zug gleichzuachten ist. Es wäre in derartigen Fällen nicht gerechtfertigt, neben der Aufforderung zur Abnahme noch eine ausdrückliche Mahnung zur Zahlung zu verlangen; denn selbstverständlich hatte die Klägerschaft am Abruf und an der Lieferung nur im Hinblick auf die dafür zu leistende Zahlung ein Interesse, und es konnte der Beklagte deswegen die Aufforderung nicht anders verstehen, als dass er gleichzeitig mit der Abnahme auch die Gegenleistung zu machen habe. Somit liegt unter diesen Voraussetzungen im Annahmeverzug ohne weiteres auch der Erfüllungsverzug. Es liegt auch gar nichts dafür vor, dass die Kläger nicht bereit und in der Lage gewesen wären, auf erfolgten Abruf sofort zu liefern, so dass also dem Abruf die Lieferung und dieser die Bezahlung unmittelbar hätten folgen können.

2. Auch ein Anbieten der Ware liegt in der Aufforderung zum Abruf, und es fragt sich hiebei nur, ob eine blosse Verbaloblation — die Ablieferungsofferte — genügte, oder ob die Kläger die Ware hätten versenden müssen (Realoblation). Gleich wie nun die Gerichte stets angenommen haben, dass letzteres nicht erforderlich sei, wenn sich der Käufer zum Voraus weigerte, die Ware anzunehmen (Z. R. I. Nr. 53 und dortige Zitate), so ist dies auch dann der Fall, wenn nach

dem Vertrage der Ablieferung ein Abruf vorherzugehen hatte und trotz Aufforderung unterblieb; denn in der Unterlassung des Abrufs liegt unter solchen Umständen die Erklärung, die Ware nicht annehmen zu wollen. Es kann daher dem Verkäufer auch in diesem Falle nicht zugemutet werden, trotz nicht erfolgten Abrufes, die Ware doch noch zu versenden. Das Bundesgericht hat in einem Entscheid (Z. R. IV. Nr. 46) die gleiche Ansicht dahin formuliert, •es liege in dem Abruf eine Mitwirkung des Käufers, welche für die Erfüllung seitens des Verkäufers nötig sei, was sich im Resultat mit der hier gegebenen Auffassung deckt.

3. Es kann sich endlich noch fragen, ob im vorliegenden Fall, wo der Abruf bis zu einem bestimmten Termin hätte erfolgen sollen, nach Ablauf desselben ein Abruf gar nicht mehr nötig gewesen wäre und sich das Geschäft damit in einen gewöhnlichen Distanzkauf umgewandelt habe, so dass die gemachten Erwägungen nicht mehr zutreffen würden. Dies ist zu verneinen; selbst wenn die vertragliche Frist zum Abruf diese Meinung gehabt hätte, wäre dies bloss im Interesse der Klägerschaft so normiert worden und könnte der Beklagte daraus keine Rechte herleiten, zumal da er auf die Aufforderung zum Abruf stillgeschwiegen und nicht etwa geantwortet hatte, es bedürfe nun eines Abrufes nicht mehr, es sei einfach zu liefern. (Bezüglich der Art der Schadenberechnung bestund zweitinstanzlich kein Streit mehr.)

(Blätter f. zürch. Rechtsprechung, VII S. 305 f.)

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

34. *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 48 ff., speziell Art. 52 Ziffer 1. Kompetenz des Bundesgerichts als einziger Zivilgerichtsinstanz. Begriff der Zivilrechtsstreitigkeit.*

1. Ansprüche auf Nachzahlung von Konzessionsgebühren (z. B. von Salinenwerken) sind öffentlichrechtlicher Natur.

2. Streitigkeiten öffentlichrechtlicher Natur fallen nicht unter die Prorogationsbestimmung des Art. 52 Ziffer 1 l. c.

Das vor Bundesgericht als einziger Instanz gestellte Rechtsbegehren ging dahin: „Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger an Konzessionsabgaben für die Jahre 1890 und 1891 zusammen Fr. 30,000 nachzuzahlen, samt Zins zu 5 % seit 1. Januar 1908.“ Zur Begründung der Kompetenz des Bundesgerichts war der Klage eine Verständigung der Parteien gemäss Art. 52 Ziffer 1 OG beigelegt. Das Bundesgericht ist auf die Klage nicht eingetreten.

Begründung:

1. Die in der Klage angerufene Kompetenznorm des Art. 52 OG lautet:

„Das Bundesgericht ist verpflichtet, die erst- und letzt-„instanzliche Beurteilung anderer als der in den vorhergehen-„den Artikeln genannten Rechtsfälle zu übernehmen:

„1. wenn dasselbe von beiden Parteien angerufen wird „und der Streitgegenstand einen Hauptwert von min-„destens Fr. 3000.— hat (Art. 111 BV).“

Nun ist der eingeklagte Anspruch in der Klagebegründung ausdrücklich als dem öffentlichen Rechte angehörig bezeichnet. Die Klageschrift scheint somit von der Auffassung auszugehen, dass das Bundesgericht auf Grund der angeführten Kompetenznorm auch Streitigkeiten öffentlichrechtlicher Natur zu beurteilen habe. Diese Auffassung erscheint jedoch als rechtsirrtümlich. Der Art. 52 OG steht im II. Hauptabschnitt des Gesetzes, unter dem Titel „Zivilrechtspflege“, in dessen 1. Unterabteilung: „Das Bundesgericht als einzige Zivilgerichtsinstanz“ (vor Art. 48), und wenn in seinem Text von „andern“ als den in den vorhergehenden Artikeln genannten Rechtsfällen gesprochen wird, so kann damit nach dieser Systematik nicht eine Ausdehnung der Urteilskompetenz des Gerichtes über das Gebiet der Zivilrechtspflege hinaus, sondern vielmehr nur eine

allgemeine Ergänzung des in den vorhergehenden Art. 48—51 mit Bezug auf die Parteien oder den Streitgegenstand spezialisierten zivilgerichtlichen Kompetenzbereichs beabsichtigt sein. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts ist als solche erschöpfend geregelt in den folgenden Hauptabschnitten des Gesetzes: „III. Strafrechtspflege" (vor Art. 105), und „IV. Staatsrechtspflege" (vor Art. 175). Allerdings finden sich unter den in den Art. 48 ff. einzeln der zivilgerichtlichen Beurteilung des Bundesgerichtes unterstellten Streitsachen Fälle, welche nach der heute herrschenden Rechtsauffassung als solche öffentlichrechtlicher Natur betrachtet werden (so namentlich die in Art. 49 aufgeführten „Anstände betr. Heimatlosigkeit" und „Bürgerrechtsstreitigkeiten zwischen Gemeinden verschiedener Kantone"). Allein deswegen darf nicht auch der allgemeinen Kompetenznorm des Art. 52 eine entsprechend erweiterte Auslegung gegeben, d. h. es dürfen Streitsachen, die der Gesetzgeber im fraglichen Gesetzesabschnitt nicht ausdrücklich aufgezählt hat, auf Grund jener allgemeinen Kompetenznorm, deren systematischer Stellung gemäss, nur beurteilt werden, sofern sie nach der Natur des streitigen Anspruchs im Sinne der allgemein geltenden Rechtsauffassung dem Zivilrecht angehören. Zu dieser Auslegung zwingt überdies der Hinweis des Art. 52 Ziffer 1 OG auf Art. 111 BV, welcher, im Anschlusse an den ausdrücklich die zivilrechtliche Kompetenz des Bundesgerichts umschreibenden Art. 110, unzweifelhaft ebenfalls nur hierauf Bezug hat. Zum gleichen Ergebnis führt ferner unverkennbar auch die Entstehungsgeschichte dieser Kompetenznorm. Im ersten OG vom Jahre 1849, welches die Kompetenzen des Bundesgerichtes noch nicht mit besonderen Titeln nach den drei Gebieten des Zivil-, Straf- und Staatsrechts ausschied, sondern alle unter dem einen Titel „Gerichtsbarkeit" zusammenfasste, war die entsprechende Bestimmung (Art. 47, Ziffer **4**) ausdrücklich dahin formuliert, das Bundesgericht beurteile: ... **4.** „Bürgerliche" (d. h. zivilrechtliche) „Rechtsstreitigkeiten, welche sich „auf einen Hauptwert von wenigstens Fr. 3000.— beziehen „und durch Uebereinkunft beider Parteien dem Entscheide des „Bundesgerichts unterworfen werden." Das darauf folgende OG vom 27. Juni 1874 aber führte die erwähnte Trennung der drei Rechtsgebiete ein und nahm die fragliche Kompetenznorm unter dem Titel der Zivilrechtspflege in ihrer heutigen Fassung auf (Art. 31, Ziffer 2). In seinem Vorentwurf zum geltenden Gesetze wollte dann allerdings Bundesrichter Hafner diese prorogierte Kompetenz des Bundesgerichts erweitern

durch Zulassung von „öffentlichen Rechtssachen (z. B. Steuerstreitigkeiten)“, soweit die kantonale Gesetzgebung für solche Streitsachen den Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten zulässig erkläre (Art. 33, in Erweiterung des dem heutigen Art. 52 entsprechenden Art. 32 des Entwurfes), wobei er in den zugehörigen Motiven (S. 73 ff.) ausdrücklich bemerkte, dass hiezu eine besondere Bestimmung erforderlich sei, weil Art. 32 nur auf zivilrechtliche Streitigkeiten Bezug habe. Allein schon in den Vorberatungen dieses Entwurfes wurde jene Kompetenzerweiterung gestrichen, und im endgültigen Gesetzestexte ist Art. 52 gleich dem bisherigen Art. 31 (mit blosser Umstellung der beiden Kompetenzgründe: Ziffern 1 und 2) gefasst.

Diese Auslegung entspricht denn endlich auch der konstanten Praxis des Bundesgerichtes (vergl. AS **13** Nr. 57 Eg. 1 S. 340, und das dortige Zitat, sowie, aus der Zeit des heutigen OG, z. B. AS **26** II Nr. 104 Eg. 1 eingangs, S. 860).

2. Nach dem Gesagten hängt der Entscheid über die Kompetenz des Bundesgerichtes zur Beurteilung der vorliegenden Klage von der rechtlichen Natur der eingeklagten Forderung ab. Nun muss dieser Forderung mit dem Kläger selbst, an dessen Auffassung hierüber das Gericht allerdings nicht ohne weiteres gebunden wäre, unbedenklich der Charakter eines öffentlichrechtlichen Anspruchs beigelegt werden. In dem Konzessionsverhältnis, welches die rechtliche Grundlage dieses Anspruchs bildet, steht der Kläger der Beklagten nicht als koordiniertes Rechtssubjekt, sondern vielmehr in seiner staatlichen Hoheitsstellung als einer dieser Hoheit unterworfenen privatrechtlichen Erwerbsgesellschaft gegenüber. Die streitige „Mehrgebühr“, welche einen Teil der Konzessionsabgabe bildet, qualifiziert sich als eine kraft öffentlichen Rechts geschuldete Leistung, als sogen. gewerbliche Sondersteuer (vergl. Fuisting, Allgemeine Steuerlehre, S. 338 ff.). Hieran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass diese „Mehrgebühr“ nicht in dem einseitigen Hoheitsakt der Konzessionsgewährung selbst, sondern in einem sie ergänzenden zweiseitigen Vertrage der Parteien festgelegt ist. Denn auch ein solcher Vertrag gehört seinem Inhalte nach dem öffentlichen Rechte an (vergl. hiezu AS **29** II Nr. 54 S. 426); die rechtliche Natur der streitigen Abgabe wird durch die vertragsgemässe Bestimmung ihrer Höhe natürlich nicht beeinflusst. Demnach aber trifft die Kompetenznorm des Art. 52 Ziffer 1 OG gegebenenfalls nicht zu. (Entsch. vom 16. Dezember 1908 i. S. Kanton Aargau c. Schweiz. Rheinsalinen AG.)

35. *Zulässigkeit der Berufung, Art. 56 ff. Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893.*

I. Legitimation zur Berufung. Sie steht nur dem durch den angefochtenen Entscheid Beschwerten zu. Begriff des Zwischenentscheides im Sinne des Art. 58 Abs. 2 OG.

II. Unzulässigkeit von Anträgen, die einem vom Bundesgericht als Straf-Kassationsinstanz erlassenen Urteile widersprechen, vor Bundesgericht als Berufungsinstanz. (Berufung gegen ein freisprechendes Strafurteil, das auf Grund und in Gemässheit eines bundesgerichtlichen Straf-Kassationsurteils erfolgt ist.)

Der Musikverleger Choudens in Paris hatte als Inhaber des Vervielfältigungsrechts an Gounods „Faust" den damaligen Theaterdirektor von Bern, Georg Kruse, wegen Verletzung des Urheberrechtes an der genannten Oper straf- und zivilrechtlich belangt für eine Aufführung, die am 15. März 1897 stattgefunden hatte. Im Laufe des Verfahrens hatten die Erben (Witwe und Kinder) Gounod das Begehren gestellt, als Zivilpartei zugelassen zu werden; der Polizeirichter wies dieses Begehren unter dem 17. November 1899 ab und die Polizeikammer verschloss den hiegegen appellierenden Erben Gounod von Amtes wegen das Forum, mit Entscheid vom 20. Dezember 1899, mit der Begründung, der Zivilpunkt erscheine nicht als appellabel. In der Strafsache verurteilten die bernischen Gerichte den Angeklagten K. wegen Urheberrechtsverletzung; allein der Kassationshof des Bundesgerichts hob mit Urteil vom 11. Februar 1908 (BGE **34** I Nr. 20 S. 731 ff.) das letztinstanzliche kantonale Urteil auf, weil eine Urheberrechtsverletzung nicht vorliege, und wies die Sache zu neuer Beurteilung an die Polizeikammer zurück. Diese fällte alsdann ein freisprechendes Urteil. Gegen dieses erklärten sowohl die Erben G. als auch Ch. die Berufung an das Bundesgericht im ganzen Umfange. Das Bundesgericht ist aber auf die Berufung nicht eingetreten, mit folgender Begründung:

I. (2.) Den Erben Gounod fehlt vorab die Legitimation zur Berufung. Denn das angefochtene Urteil hat sich mit dieser Partei gar nicht befasst und hatte sich mit ihr nicht zu befassen, nachdem ihr Anspruch, als Zivilpartei zugelassen zu werden, definitiv abgewiesen worden war; die Erben Gounod erscheinen im Verfahren gar nicht als Partei, sie sind daher durch das angefochtene Urteil auch nicht beschwert, und die Legitimation zur Berufung geht ihnen ab. Die Berufung stützt sich denn auch nicht darauf, dass ihnen durch das Endurteil vom 19. August 1908 eine Rechtsverletzung zugefügt worden sei, sondern sie erblicken eine solche im Entscheid des Polizei-

richters vom 17. November 1899, durch den ihr Anspruch, als Zivilpartei zugelassen zu werden, abgewiesen worden ist. Nun wird allerdings dieses Urteil als letztinstanzliches über den Zivilanspruch der Erben Gounod anzusehen sein, da eine Appellation dagegen laut dem Entscheid der Polizeikammer nicht statthaft war. Allein abgesehen von der Frage, ob jenes Urteil als Hauptturteil angesehen werden könnte, wäre die Frist zur Berufung längst abgelaufen. Als Zwischenentscheid im Sinne des Art. 58 Abs. 2 OG aber kann jener Entscheid nicht angesehen werden, so dass er auch nicht von der Berufung gegen das Hauptturteil vom 19. August 1908 mitergriffen wird; denn für die Erben Gounod bedeutete jener Entscheid die definitive Beendigung ihres Prozessrechtsverhältnisses; jener Entscheid ist daher für sie nicht Zwischenentscheid.

II. (3.) Dem Kläger Choudens würde die Berufung selbstverständlich nur mit Bezug auf den Zivilpunkt zustehen; es kann von vornherein keine Rede davon sein, dass das Bundesgericht als Berufungsinstanz den Freispruch von der Strafklage aufheben könnte, wie die Berufung Choudens das verlangt. Mit Bezug auf den Zivilpunkt aber lag schon für die Polizeikammer ein rechtskräftiges erstinstanzliches Urteil vor; der Zivilpunkt hatte gar nicht mehr den Gegenstand der Beurteilung des angefochtenen Urteils zu bilden. Es fehlt also hier an einem anfechtbaren Entscheide. Eine selbständige Berufung hinsichtlich der Kosten ist nach bekanntem Grundsatze ausgeschlossen; das Kostendispositiv ist übrigens auf Grund des Entscheides im Strafpunkte erfolgt. Ebenso hängt die Abweisung des Konfiskationsbegehrens aufs engste mit der Entscheidung im Strafpunkte zusammen. Die ganze Berufung bezweckt denn auch offensichtlich nichts anderes als eine erneute Prüfung des Prozesses durch das Bundesgericht (I. Abteilung) als Berufungsinstanz, die zu einem vom Entscheide des Kassationshofes abweichenden Resultate führen soll. Das ist aber schon im Hinblick auf die gegenseitige Stellung der verschiedenen Abteilungen des Bundesgerichts zu einander ausgeschlossen. Der Ausspruch des Kassationshofes, dass der Beklagte sich der behaupteten Verletzung des Urheberrechtes nicht schuldig gemacht habe, muss hienach auch für das Bundesgericht als Berufungsinstanz zum mindesten tatsächlich bindend sein (vergl. auch BGE **32** I S. 166 ff. E. 3); eine erneute Prüfung der grundsätzlichen Frage der Verletzung des Urheberrechts, die der Kläger Choudens will, ist ausgeschlossen; hierüber liegt auch für den Zivilpunkt res judicata vor. (Entsch. v. 10. Oktober 1908 i. S. Choudens und Erben Gounod c. Kruse.)

36. *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 70: Anschlussberufung. Sie kann nur an die Berufung der Gegenpartei, die Hauptberufungs-Kläger ist, stattfinden.*

R. hatte gegen Ch. und T. und den Crédit Lyonnais Klage mit verschiedenen Rechtsbegehren erhoben. Von diesen wurde eines gegen Ch. teilweise und eines gegen T. ganz gutgeheissen und T. überdies mit einem Gegenrechtsbegehren abgewiesen; die Klage gegen den Crédit Lyonnais wurde abgewiesen. Gegen das letztinstanzliche kantonale Urteil ergriff T. die Berufung an das Bundesgericht mit dem Antrag auf Abweisung der sämtlichen Begehren des R. Dieser schloss sich der Berufung an und nahm dabei seine sämtlichen Rechtsbegehren, also auch die gegen Ch. (soweit abgewiesen) und den Crédit Lyonnais wieder auf. Auf diesen Teil der Anschlussberufung ist das Bundesgericht nicht eingetreten, mit folgender Begründung:

Le Tribunal fédéral a, à maintes reprises déjà, reconnu qu'il est de la nature même du recours par voie de jonction prévu à l'art. 70 OJF de ne pouvoir être dirigé contre les jugements visés à l'art. 58 ibid. qu'en tant que ceux-ci intéressent le recourant principal lui même, ou, en d'autres termes, que l'auteur du recours par voie de jonction ne peut attaquer le jugement cantonal qu'en tant que celui-ci a écarté ses conclusions contre le recourant principal ou a adjugé à ce dernier ses conclusions contre lui, recourant par voie de jonction (voir notamment RO **24** II Nr. 39, consid. unique, et Nr. 43 litt. H et J et consid. 1; **24** II Nr. 4 litt. J; **31** II Nr. 69 consid. unique; Favey, les conditions du recours de droit civil au Tribunal fédéral, dans J. des Trib. 1907, p. 313, — éd. spéc., p. 26; et Th. Weiss, die Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen, 1908, p. 115 et suiv).

Or, en l'espèce, seul des défendeurs, T. s'est porté recourant principal devant le Tribunal fédéral. Conséquemment, le recours par voie de jonction formé par R. ne peut être dirigé contre l'arrêt cantonal du 21 novembre 1908 qu'en tant que celui-ci ne lui a pas adjugé, à lui, R., l'entier des conclusions que, devant les instances cantonales, il avait prises contre le recourant principal T. Autrement dit, le recours-jonction ne peut tendre à obtenir autre chose que la réforme de l'arrêt cantonal au préjudice du recourant principal, et, en tant que ses conclusions sont dirigées contre les autres défendeurs au procès, Ch. et le Crédit Lyonnais, il apparaît de prime abord comme irrecevable; dans cette mesure donc, il doit être pré-

judiciellement écarté. (Entsch. v. 27. Januar 1909 i. S. Rouquette c. Challand, Truan und Crédit Lyonnais.)

---

37. *Bundesgesetz über Zivilstand und Ehe, vom 24. Dezember 1874, Art. 49 Abs. 2. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 58 ff.*

Ehescheidung; Stellung des Bundesgerichts als Berufungsinstanz, wenn über die Ehescheidung selbst ein letztinstanzliches kantonales Urteil vorliegt, über die güterrechtlichen Scheidungsfolgen dagegen die Sache an die untere kantonale Instanz zur Verhandlung und Beurteilung zurückgewiesen ist.

In einer von den Walliser Gerichten beurteilten Ehescheidungssache hatte das Walliser Kantonsgericht (II kantonale Instanz) die Ehe gemäss der Klage des Ehegatten geschieden und dabei über die Erziehung des aus der Ehe entsprossenen Kindes verfügt, sowie den Unterhaltsbeitrag des Gatten an die Gattin interimistisch bestimmt, im Uebrigen aber die Sache zur Verhandlung und Beurteilung über die güterrechtlichen Folgen der Ehescheidung an die I. Instanz zurückgewiesen. Der klagende Ehemann hatte bloss auf Scheidung geklagt; das Widerklagbegehren der beklagten Ehefrau hinsichtlich der Güterrechtsfragen war vom erstinstanzlichen Richter wegen Nichteinlassung des Widerbeklagten nicht beurteilt worden.

Gegen das kantonsgerichtliche Urteil erklärte die unterlegene Ehefrau die Berufung an das Bundesgericht mit dem Antrage auf Abweisung der Scheidungsklage des Ehemannes wegen Unzulässigkeit, weil er sich bezüglich der Scheidungsfolgen nicht eingelassen habe, eventuell Abweisung der Scheidungsklage.

Das Bundesgericht ist auf das erste Begehren nicht eingetreten und hat die Behandlung der Ehescheidungsklage als solcher suspendiert bis zur Erledigung der güterrechtlichen Fragen durch die kantonalen Instanzen.

Die Begründung dieses Urteils lautete in ihrem wesentlichen Punkte:

Qu'en la cause et pour satisfaire à la prescription de l'art. 49 al. 2 de la loi sur l'état civil et le mariage, il suffit au Tribunal fédéral de décider de surseoir à l'examen du recours en réforme dirigé contre le jugement du 9 juillet 1908 en tant que celui-ci prononce le divorce entre parties, jusqu'à ce que la première, et éventuellement aussi la seconde instance cantonale se soient prononcées sur la question des effets ulté-

rieurs du divorce quant aux biens des époux (comp. les arrêts du Tribunal fédéral, en la cause des époux Gamper, RO **8** Nr. 77, p. 516 et suiv, et **9** Nr. 19 et 51, p. 87 et suiv., et 263 et suiv.);

qu'en conséquence il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur la première conclusion du recours, celle-ci étant, dans ces conditions, sans objet. (Entsch. vom 12. November 1908 i. S. Fama c. Fama.)

---

38. *Abtretung einer ärztlichen Praxis. Unsittliches Rechtsgeschäft? Art. 17 OR.*

Der Kläger B., der bis dahin in Schönengrund, Kanton Appenzell A.-R., als Arzt praktiziert hatte, liess sich 1904 als Arzt in Balgach, Kanton St. Gallen, nieder, indem er im Hause des frühern dortigen Arztes eine Wohnung mietete. Schon in Schönengrund hatte sich der Kläger mit der Absicht getragen, sich als Spezialist für Frauenkrankheiten weiter auszubilden. Im Frühling 1906 fasste er den Entschluss, zu diesem Behufe nach Wien zu gehen. Am 6. April schloss er mit dem Beklagten N., der seine Studien beendigt hatte und einen Wirkungskreis als Arzt suchte, einen Vertrag ab, dessen wesentliche Bestimmungen wie folgt lauten: „1. Herr Dr. B. „tritt seine Praxis in Balgach an Herrn med. pract. Karl N. „ab. 2. Gleichzeitig erwirbt Herr Karl N. das zur Praxis „gehörige gesamte Inventar laut Verzeichnis (mit Ausnahme „des gynäkologisch-geburtshilflichen Instrumentariums). 3. Der „Verkaufspreis des Inventars beträgt Fr. 2500.—, zahlbar in „baar bei Antritt der Praxis. 4. Der Ablösungspreis der „Praxis beträgt Fr. 5000.—, zahlbar in drei Jahresraten, und „zwar Fr. 1500.— am 1. Januar 1907, Fr. 1500.— am 1. Januar „1908 und Fr. 2000.— am 1. Januar 1909. Die Ablösungs„summe wird durch zwei Bürgen sichergestellt und mit 4% „vom Käufer verzinst. 5. Antritt der Praxis findet statt am „1. Mai 1906. 6. Herr Dr. B. verpflichtet sich, bezüglich der „Uebernahme des Mietvertrages an seinen Nachfolger zu den„selben Bedingungen bei Dr. H., dem Besitzer des Hauses, „nach bester Möglichkeit sich zu verwenden.“ In der Folge wurde der Vertrag dahin abgeändert, dass der Beklagte an Stelle der Sicherheitsleistung durch Bürgen drei Akzepte für die drei Jahresraten ausstellte. Vor Vertragsabschluss hatte der Kläger dem Beklagten seine Bücher zur Einsicht vorgewiesen, aus denen sich ergab, dass der Kläger im Jahre 1905 ein Bruttoeinkommen von Fr. 15,000.— gehabt hatte. Der Beklagte trat die Praxis in Balgach an und löste das auf

1. Januar 1907 fällige Akzept ein. Er weigerte sich dann aber, seinen weitern Verpflichtungen nach Ziffer 4 des Vertrages nachzukommen.

Gegenüber der Klage auf Zahlung des Zinses vom Ablösungspreis für die Praxis erhob der Beklagte Widerklage auf Rückzahlung des Kaufpreises, im Wesentlichen mit der Begründung, dass der Vertrag vom 6. April 1906 gegen die guten Sitten verstosse und daher nichtig sei. Hierüber hat letztinstanzlich das Bundesgericht ausgeführt:

Durch den Vertrag, soweit er die Abtretung der Praxis anbetrifft, hat sich der Kläger dem Beklagten gegenüber zu einem Verhalten verpflichtet, das diesem ermöglichen soll, als sein Nachfolger in die ärztliche Praxis einzutreten, und das im wesentlichen darin besteht, dass der Kläger zu gunsten des Beklagten auf die weitere Berufsausübung als Arzt in Balgach verzichtet, den Beklagten zu seinem Nachfolger erklärt, in Zukunft ihm im betreffenden Rayon keine Konkurrenz macht und sich auch dafür verwendet, dass der Beklagte die Wohnung des Klägers zur Miete erhält. Darnach hat aber der Vertrag auf Seite des Klägers, was heute von dessen Vertreter in Abrede oder doch in Zweifel gestellt worden ist, Leistungen zum Gegenstand, die an sich durchaus möglich sind, wie sie ja auch tatsächlich vom Kläger bisher erfüllt wurden und zum Erfolg gehabt haben, dass der Beklagte an Stelle des Klägers in Balgach praktizieren kann.

Frägt es sich ferner, ob der Vertrag unsittlich und daher nichtig sei, so ist daran zu erinnern, dass nach der Praxis in der Auslegung des Art. 17 OR ein Geschäft nicht nur dann als unsittlich erscheint, wenn es zu einer unsittlichen Handlung verpflichtet oder doch indirekt auf Begehung oder Förderung einer solchen gerichtet ist, sondern auch überhaupt, wenn es durch die Verwerflichkeit der in ihm sich kundgebenden Gesinnung das Sittengefühl verletzt (AS **29** II S. 126, E. 6 und die dortigen Nachweise; **25** II S. 830); und der Widerstreit mit der Moral kann dabei speziell auch darin liegen, dass eine Handlung, die ihrer besondern Natur nach nicht gegen Lohn erfolgen sollte, mit einer pekuniären Leistung verknüpft wird (AS **21** S. 845, E. 7). Nun ist die berufliche Tätigkeit des Arztes gewiss eine für die allgemeine Wohlfahrt höchst wichtige soziale und wissenschaftliche Funktion, die unverkennbar einige Analogie mit der Stellung eines Beamten darbietet; aber sie ist doch zugleich auch Erwerbstätigkeit, und wenn es auch zweifellos das sittliche Gefühl kränkt, dass ein Arzt bei der Ausübung seines Berufs dem

Erwerbstrieb einen zu grossen Spielraum gewährt, so hiesse es doch auf der andern Seite sich gegen die realen Verhältnisse des Lebens verschliessen, wenn man nicht auch dem wirtschaftlichen Moment in der ärztlichen Tätigkeit eine gewisse nicht unerhebliche Bedeutung zuerkennen wollte. Auch bei der Frage, ob die Abtretung einer ärztlichen Praxis gegen Entgelt als ein vom moralischen Standpunkte aus verwerfliches Geschäft anzusehen ist, darf dieses immerhin starke ökonomische Element, dem eine pekuniäre Wertung der Praxis entspricht, nicht ausser Betracht bleiben. Der Begriff der medizinischen Praxis, Kundschaft, sodann umfasst die Gesamtheit der Beziehungen, wie sie zwischen dem Publikum und dem Arzt als solchem bestehen. Soweit diese Beziehungen auf dem Vertrauen der Patienten in die wissenschaftlichen und sittlichen Befähigungen des Arztes beruhen, sind sie rein persönlicher Natur und im allgemeinen nicht übertragbar. Ausnahmsweise mag es gelingen, dass der abgehende Arzt dieses Vertrauen wenigstens zum Teil durch besondere Empfehlung auf seinen Nachfolger hinüberleitet. Doch dürfte es dem Wesen des rein subjektiven Verhältnisses zwischen Kundschaft und Arzt und damit wohl auch den Anforderungen der Moral widersprechen, dass eine solche besondere Empfehlung durch Geld erkauft und damit jenes Vertrauen zur Erzielung von Vermögensgewinn verwertet wird. Die Beziehungen zum Publikum erschöpfen sich aber vielfach nicht in diesem Vertrauensverhältnis, sondern begreifen eine Reihe mehr äusserlicher, objektiver Momente in sich: die günstige Lage der Oertlichkeit, von der aus die Praxis geübt wird, und die bequeme Verbindung des Publikums mit dieser Oertlichkeit, die Gewohnheit des Publikums von hier aus ärztlich bedient zu werden, die Grösse und Bedeutung der Konkurrenz usw. Und diese mehr äusserlichen Momente werden namentlich auf dem Lande, im Gegensatz zu städtischen Verhältnissen, von Bedeutung sein, wo oft der Arzt, bis zu einem gewissen Grade wenigstens, sich in einer tatsächlichen Monopolstellung befindet. Wird der ökonomische Wert einer medizinischen Praxis, insoweit er die objektiven Beziehungen des Publikums zum Arzt repräsentiert, zum Gegenstand des rechtsgeschäftlichen Verkehrs gemacht, so kann darin nach den bei uns herrschenden Auffassungen an sich noch keine Verletzung moralischer Gebote, kein Ausdruck niedriger, gemeiner Gesinnung, auch keine Hintansetzung zwingender, öffentlicher Interessen und daher keine Unsittlichkeit im Sinne des Art. 17 gefunden werden, wenn auch vielleicht ein vor-

nehmeres ethisches Empfinden und ein gesteigertes ärztliches Standesgefühl daran Anstoss nehmen mögen, sondern es müssten im einzelnen Fall noch besondere Umstände hinzukommen, die dem Geschäfte den Charakter des Unsittlichen geben. Es darf denn auch hervorgehoben werden, dass, nach der Kenntnis des Bundesgerichts, die Uebertragung einer ärztlichen Praxis gegen Entgelt, sei es in Verbindung mit einem Kauf über Liegenschaft, Inventar, sei es ohne solchen, in der Schweiz keine seltene Erscheinung ist. (In der bei den Akten liegenden Nummer des Korrespondenzblattes für Schweizerärzte vom 15. März 1906 finden sich drei auf solche Geschäfte abzielende Inserate; vergl. auch AS **34** II Nr. 46.) [1]

Im vorliegenden Fall sind nun keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass der Kläger durch den Vertrag, d. h. gegen Bezahlung, es auf sich genommen hätte, das rein persönliche Vertrauen, das seine Kunden zu ihm haben mochten, durch besondere Empfehlung dem Beklagten zuzuwenden, was, wie ausgeführt, der Sittlichkeit widerstreiten würde. Es ist nicht anzunehmen, dass der Kläger in dieser Beziehung zu mehr verpflichtet war, als er wirklich getan hat; nach der eigenen Darstellung des Beklagten hat aber der Kläger ihn in keineswegs intensiver und dringender Weise, wie es eine solche besondere Empfehlung bedingen würde, bei der Kundschaft eingeführt. Vielmehr erscheint die Auffassung als begründet, dass es sich hier bei der Abtretung der Praxis im wesentlichen um die Ueberleitung der objektiven, äussern Beziehungen zwischen Publikum und Arzt auf den Nachfolger gehandelt hat, wie sie nach dem gesagten gegen Entgelt sich nicht als unzulässig darstellt. Der Kläger hatte als einziger Arzt in Balgach eine Art tatsächlichen Monopols in einem gewissen Umkreis, und er hatte sich nach dem Vertrag speziell auch dafür zu bemühen, dass der Beklagte von derselben Wohnung aus die Praxis betreiben konnte. Weiterhin ist der Preis, den der Beklagte für die Leistung des Klägers versprochen hat (Fr. 5000.—), nicht derart hoch, dass dadurch der Beklagte genötigt wäre, beim Weiterbetrieb der Praxis in einer für die richtige Berufsausübung nachteiligen Weise auf die Erzielung hoher Einnahmen zu sehen (ein Moment, welches das deutsche Reichsgericht, Entsch. **66** Nr. 36, mit veranlasst hat, im Verkauf einer zahnärztlichen Praxis unter den dortigen Verhältnissen einen Verstoss gegen die guten Sitten im Sinne von § 138 BGB zu sehen). Ebensowenig

[1]) Oben Nr. 2.

liegt etwas dafür vor, dass der Kläger bei der Wahl des Nachfolgers mehr auf die Höhe des Kaufpreises als auf berufliche Eignung Rücksicht genommen hätte, was im Hinblick auf die Aufgaben und Pflichten des ärztlichen Standes vom moralischen Standpunkte aus ohne Frage wiederum zu missbilligen wäre (RG a. a. O.); schon der Umstand, dass (im Kanton St. Gallen) die Ausübung des ärztlichen Berufs nur dem Inhaber des eidgenössischen Diploms gestattet ist, bietet ja in dieser Hinsicht eine Garantie. Sonstige konkrete Momente, die den Vertrag der Parteien zu einem unsittlichen machen, sind keine ersichtlich. Die Vorinstanz hat daher mit Recht den Vertrag als einen erlaubten geschützt (siehe aus der deutschen Gerichtspraxis: in ähnlichem Sinn OLG Zweibrücken, franz. Civilrecht **32** S. 166; grundsätzlich abweichend OLG Braunschweig, Seuff. Arch. **58** 1, und ebenso, wenn auch unter spezieller Berücksichtigung der Verhältnisse des Falles, RG a. a. O.; vergl. auch RG **66** Nr. 37, **68** Nr. 50; über die französische Gerichtspraxis, welche die Zulässigkeit einer Abtretung der ärztlichen Praxis gegen Entgelt im allgemeinen bejaht: Rép. gén. alph. au droit fr. von Carpentier et Frèrejouan, 27, S. 716). (Entsch. vom 23. Januar 1909 i. S. Nauer c. Bass.).

39. *Mäklervertrag. Stellung und Verpflichtungen des Mäklers, insbesondere Vermeidung von Interessen- und Pflichtenkollisionen. Unzulässigkeit des Tätigwerdens im Interesse beider Parteien gegen Entgelt. Art. 17 OR. Grenze der Unzulässigkeit.*

Aus den Gründen:

Es fragt sich, ob der Kläger, der von der Beklagten mit der Vermittlung des Verkaufes des Baldeggersees beauftragt war, seinen Lohnanspruch nicht deswegen überhaupt oder doch in bestimmtem Masse verwirkt habe, weil er zugleich auch bezahlter Vermittler des Verkäufers R. gewesen sei. Nun steht allerdings fest, dass der Kläger sich auch von R. für die Vermittlung des Seeverkaufs eine Provision hatte versprechen lassen und von ihm nach Abschluss des Vertrages mit der Beklagten tatsächlich ein Entgelt von Fr. 1,500.— erhalten hat. Allein in diesem Verhalten des Klägers kann unter den gegebenen Umständen kein die Rechtsgültigkeit seines Verhältnisses gegenüber der Beklagten, insbesondere die Berechtigung seines vertragsgemässen Provisionsanspruches ausschliessendes Moment erblickt werden. Im Sinne der bestehenden Praxis ist zwar an dem Grundsatze festzuhalten, dass allgemein die vertragliche Uebernahme von Verpflich-

tungen, deren Erfüllung bereits übernommene anderweitige Verpflichtungen entgegenstehen, als unsittlich nach Art. 17 OR der Rechtswirksamkeit ermangelt, und dass danach speziell beim Mäklervertrag ein Mäkler, welcher für die gleiche Geschäftsvermittelung neben einem Auftrage der einen Partei auch noch einen Auftrag der sachlichen Gegenpartei annimmt, dessen pflichtgemässe Ausführung mit der entsprechenden Ausführung des ersterhaltenen Auftrages nicht vereinbar ist, aus dem zweiten Auftragsverhältnis zufolge der in Rede stehenden Gesetzesbestimmung keine Ansprüche ableiten kann (vergl. neuestens AS **34** II Nr. 8 Eg. 3 und 4, S. 49 f. und die dort zitierten Präjudizien). Dieser Grundsatz lässt jedoch nicht jede Doppelstellung des Mäklers bei einer Vertragsvermittelung ohne weiteres als unstatthaft erscheinen. Denn die erwähnte Unvereinbarkeit seiner beiderseitigen Pflichterfüllung ist naturgemäss nur vorhanden, sofern die Interessen der beiden, als Vertragsparteien zusammenzuführenden Auftraggeber, welche Interessen der Mäkler als Beauftragter gemäss Art. 396 OR „getreu und sorgfältig“ zu wahren hat, einander tatsächlich zuwiderlaufen, falls eine wirkliche Interessenkollision der Vereinigung der beiderseitigen Aufträge entgegensteht. (Vergl. hiezu aus der deutschen Literatur: Riesenfeld, Der Zivilmäkler, in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, herausgegeben von Rassow und Küntzel, V. Folge, 2. Jahrgang [1893], S. 557, sowie Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts II. [5. Auflage], S. 542, und die ausdrückliche Kodifikation der von den beiden Schriftstellern vertretenen Auffassung in § 654 des deutschen BGB.) Vorliegend nun steht eine solche Interessenkollision nicht in Frage. Denn bei der entscheidenden Unterhandlung mit R., welche zu dessen vertraglicher Einigung mit der Beklagten führte, hatte der Kläger nicht die Aufgabe, für jede der (ihrer Stellung nach freilich entgegengesetzte Interessen verfolgenden) Vertragsparteien möglichst günstige Vertragsbedingungen zu erzielen. Vielmehr hatte er damals, wie festgestellt, im Auftrage der Beklagten ein zum voraus festgestelltes und dem Verkäufer R. als solches schriftlich übermitteltes Kaufsangebot zu vertreten, d. h. den Verkäufer wenn möglich zu dessen Annahme zu bewegen. Und mit der tatsächlichen Erfüllung dieses Auftrages hat er jedenfalls die Interessen der Beklagten gegenüber denjenigen ihrer Gegenpartei in einwandfreier Weise gewahrt. Anders läge die Sache nur, sofern feststände, dass der Kläger dabei wegen seiner Beziehung zu R. die Beklagte zu einer nach Lage der Verhältnisse nicht gerechtfertigten Er-

höhung des von ihr selbst vorgesehenen Kaufpreises veranlasst hätte. Dies ist jedoch von der Beklagten gar nicht behauptet worden und erscheint auch als durchaus unwahrscheinlich, da, wie aus den Akten hervorgeht, die Beklagte von Anfang an schon Fr. 147,000.— für den See geboten, während der Verkäufer R. ursprünglich eine Forderung von Fr. 250,000.— gestellt hatte.[1]) Dagegen wendet die Beklagte ein, sie hätte den Kläger auf keinen Fall mit der Vermittelung des Seekaufs betraut, wenn sie gewusst hätte, dass er hiefür auch vom See-Eigentümer eine Provision erhalte, und der Kläger habe sich durch Verschweigen dieser Tatsache ihr gegenüber eines Betruges schuldig gemacht, demzufolge er gemäss Art. 24 OR aus dem Auftragsverhältnis keine Rechte ableiten könne. Dieser Einwand ist jedoch schon deswegen unbehelflich, weil sich der Nachweis aus den Akten nicht ergibt, dass der Kläger das Provisionsversprechen des R. bei der Uebernahme des Vermittelungsauftrags der Beklagten bereits erhalten hatte. (Entsch. vom 12. Februar 1909 i. S. Baugesellschaft Hochdorf c. Winkler.)

---

40. *Lebensversicherung. Suspension der Leistungspflicht des Versicherers bei Verzug des Versicherungsnehmers in der Prämienzahlung. Gültigkeit einer bezüglichen Policeklausel. Umwandlung der Prämienschuld aus einer Bringschuld in eine Holschuld. Wirkungen des Einzugs der Prämie entgegen der Police, die als Normalfall das Bringen versteht.*

D. war bei der „oberrheinischen Versicherungsgesellschaft in Mannheim" für den Betrag von 150,000 Fr. auf den Todesfall versichert. Ueber den Modus der Zahlung der (Fr. 306.25 betragenden, am 18. Dezember fälligen) jährlichen Prämie bestimmte Art. 8 der allgemeinen Versicherungsbedingungen:

„La prime. . . . devra être versée en espèces au commencement de l'année de l'assurance, c'est-à-dire lors de „l'échéance fixée dans la police, et cela entre les mains de „l'agent qui a réalisé le contrat d'assurance ou entre les mains „de son successeur. Si ce dernier est inconnu à l'assuré ou „si la Direction l'exigeait, les sommes dues devront être re„mises à la Direction même, ou à l'Agence générale.

„La Compagnie n'est pas tenue de réclamer le paiement „des primes échues ou de présenter à l'encaissement les quit„tances de primes; l'assuré seul est responsable des suites

---

[1]) Der Verkauf war dann zu Fr. 150,000 erfolgt.

„du non-paiement des primes, et il ne pourra en aucun cas „faire valoir l'objection que pour d'autres cas ou lors des „échéances précédentes la Compagnie lui a fait réclamer le „paiement des primes ou lui a fait présenter les quittances à „l'encaissement. Si la prime et le coût de l'avenant de re„nouvellement ne sont pas payés le jour de l'échéance, les „obligations de la Compagnie résultant du contrat d'assurance „restent quand même en vigueur, durant quinze jours à partir „du jour de l'échéance, à moins toutefois que l'assuré n'ait „refusé positivement de payer, refus qui délie immédiatement „la Compagnie de tous ses engagements. Si lors de l'expira„tion du dernier jour de ce délai la prime et le coût de „l'avenant de renouvellement n'ont pas été versés intégrale„ment, pour quel motif que ce soit, l'effet de la police est „suspendu sans que la Compagnie soit tenue d'adresser au„cune notification quelconque soit au contractant soit à l'assuré. „Ceux-ci perdent notamment tous les droits à n'importe quelle „indemnité pour tous les accidents survenus depuis la dernière „échéance de la prime fixée dans la police. Dans tous les „cas où la prime n'aurait pas été payée dans le délai stipulé, „la Compagnie pourra à son choix ou accepter encore le ver„sement tardif ou considérer le contrat comme résilié; toute„fois elle se réserve toujours le droit de se faire payer le „montant de la prime et des frais par voies judiciaires. — „La police ne reprend son effet qu'après l'acceptation par la „Compagnie du paiement de la prime et des frais, et cela „seulement pour les accidents survenus après le dit paiement; „le terme final de l'assurance ne subit aucune modification. „La partie de la prime se rapportant au temps pendant le„quel l'effet de l'assurance était suspendu est acquise à la „Compagnie à titre d'amende.“

Die Prämien wurden faktisch in folgender Weise entrichtet: Diejenigen vom 18. Dezember 1896 und 18. Dezember 1897 mittelst Tratte auf D., diejenige vom 18. Dezember 1898 durch Postmandat, die von 1901 und 1902 durch Einzugsmandate, die von 1899 durch Zahlung an die Agentur, die von 1900 durch Kompensation. Im Jahre 1903, am 5. Dezember, schrieben die Agenten der Gesellschaft an D.:

„Nous avons l'honneur de vous prévenir que votre prime „d'assurance contre les accidents s'élevant à Fr. 306.25 est „échue le 18 décembre, somme dont veuillez nous couvrir à „l'échéance.

„Si vous le préférez, nous pouvons vous faire présenter „la dite quittance par la poste.

„C'est ainsi que nous procéderons si nous ne recevons „pas d'avis contraire de votre part dans la huitaine."

In der Folge wurde dann — am 29. Dezember — der Prämienbetrag per Postmandat bezahlt. Für 1904 zogen die Agenten der Gesellschaft, nach vorheriger Anzeige, dass die Prämie eingezogen werde, diese am 12. Januar 1905 ein. Im Jahre 1905 mahnten die Agenten den Versicherten am 27. Dezember; da D. nicht zahlte, suchte die Gesellschaft am 3. Januar 1906 den Betrag einzuziehen; die Zahlung unterblieb. In der Nacht vom 12. auf den 13. Januar 1906 wurde D. ermordet. Am 13. Januar boten seine Leute die Zahlung der Prämie an, diese wurde jedoch von der Gesellschaft als verspätet nicht angenommen, und die Witwe des Versicherungsnehmers belangte nun die Gesellschaft auf Auszahlung der Versicherungssumme.

Die Klage wurde letztinstanzlich vom Bundesgerichte abgewiesen. Aus den Erwägungen ist von allgemeinem Interesse:

(2.) Il y a lieu tout d'abord de rechercher si, comme le soutient la recourante, la clause de déchéance contenue à l'art. 8 des conditions générales de la police est équivoque. L'équivoque consisterait en ce que cet article indique, comme conséquence du défaut de paiement dans le délai de grâce, d'une part, la *suspension* des effets de la police et, d'autre part, le droit de la Compagnie de considérer le contrat comme *résilié*. Mais il n'y a là ni équivoque ni contradiction. La suspension a pour effet de priver l'assuré de tout droit à une indemnité pour les accidents survenus depuis l'échéance de la prime; il continue à être tenu de payer la prime, sans que ce paiement tardif fasse renaître son droit à l'indemnité pour les accidents survenus dans l'intervalle. De son côté la Compagnie reste libre d'accepter ce paiement tardif ou de le refuser. C'est le cas de ce refus que vise l'art. 8 en disant que la Compagnie a le droit de considérer le contrat comme résilié. Il est clair d'ailleurs que la Compagnie ne peut pas prolonger indéfiniment cette période durant laquelle elle continue à pouvoir exiger la prime, tout en étant elle-même déliée de ses obligations: au bout d'un certain temps, si la Compagnie ne réclame pas la prime, l'assuré cesse d'être tenu (RO **21** pag. 1106 et suiv., consid. 4; c. art. 21 loi féd. sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908). Ainsi il est faux de dire que tant que la Compagnie ne notifie pas son intention de résilier le contrat, celui-ci reste suspendu; bien au contraire ce silence fait présumer l'intention de résilier. Et surtout ce défaut de notification n'entraîne pas pour l'assureur,

comme le soutient la recourante, l'obligation d'indemniser l'assuré pour les accidents survenus pendant la période de suspension. L'assuré est parfaitement renseigné sur ce point; il sait qu'il n'aura droit à aucune indemnité pour ces accidents. Il n'est dans l'incertitude que sur le point de savoir si la Compagnie usera de son droit de lui réclamer la prime échue.

Le Tribunal fédéral a d'ailleurs jugé expressément que cette clause, suivant laquelle l'assureur conserve pendant un certain temps tous ses droits tout en étant délié de ses obligations, n'est pas contraire aux bonnes mœurs (RO **22** pag. 1106 et suiv.); la nouvelle loi fédérale sur le contrat d'assurance s'est inspirée de cette jurisprudence en disposant (art. 20 et 21) que, pendant deux mois dès l'expiration du délai d'avertissement de 14 jours, l'assureur conserve ses droits à la prime sans avoir lui-même d'obligations correspondantes.

(3.) La clause de déchéance étant licite, la question qui se pose est celle de savoir si, lors de la mort de D. et de l'offre de paiement de la prime (13 janvier 1906), le délai de grâce prévu par la police était expiré, comme le soutient la Compagnie, ou s'il courait encore, comme le soutient la recourante.

Si l'on s'en tenait strictement au contrat, la réponse à cette question ne serait pas douteuse. L'art. 8 prévoit en effet que la prime est portable, que le délai de grâce de 15 jours part du jour de l'échéance et que, pour échapper aux conséquences du défaut de paiement dans ce délai, l'assuré ne peut se prévaloir du fait que, par suite d'un usage constant, la prime serait devenue quérable. Le jour de l'échéance étant fixé par la police au 18 décembre, le délai de grâce expirait le 2 janvier et la Compagnie ne doit pas d'indemnité pour un décès survenu le 13 janvier.

Pour pouvoir néanmoins réclamer le montant de l'indemnité, la recourante doit donc établir:

a) que, contrairement à la clause prévoyant que la prime était portable, l'usage s'était établi de la faire encaisser au domicile de D. par la présentation de la quittance;

b) que la clause qui interdit à l'assuré de se prévaloir des changements apportés par l'usage au mode de paiement fixé dans la police est nulle et que par conséquent la recourante a le droit d'invoquer l'usage de la présentation de la quittance à l'encaissement;

c) que cet usage a eu pour effet de reporter la date de l'échéance — et le point de départ du délai de grâce de

15 jours — au jour où la présentation de la quittance a eu lieu, soit en l'espèce au 3 janvier 1906.

(4.) Même en supposant établis en faveur de la recourante les points a et b ci-dessus, sa demande devrait être écartée, car l'usage invoqué par elle n'a pas l'effet qu'elle lui attribue de modifier la date de l'échéance.

Le Tribunal fédéral à jugé que, lorsque l'assureur a fait régulièrement encaisser les primes chez l'assuré, la prime doit être réclamée chez l'assuré tant que l'assureur n'a pas expressément révoqué cette pratique; il serait contraire à la bonne foi qui doit présider aux rapports entre parties que la Compagnie pût invoquer la clause de déchéance pour motif de retard dans le paiement de la prime non encore réclamée par elle, alors qu'elle aurait accoutumé l'assuré à un mode de paiement contraire aux stipulations de la police, en faisant encaisser elle-même le montant de la prime au domicile du client (RO **19** pag. 934 et suiv. consid. 4 ; **20** pag. 163 et suiv. consid. 5; **21** pag. 536 et suiv. consid. 2; **30** II pag. 445 et suiv. consid. 4). Cette jurisprudence est en accord avec la jurisprudence et la doctrine françaises, allemandes et italiennes (v. Le Fort, Traité du contrat d'assurance II pag. 83 et suiv.; RO **22** pag. 57; Ehrenberg, Versicherungsrecht pag. 504; Vivante, il contratto di Assicurazione I nº 126) et la législation moderne s'inspire des mêmes idées (v. loi féd. art. 22 IV; loi allemande § 37).

Mais il ne faut pas en tirer la conséquence que cet usage entraîne une modification de la police. Les règles que celle-ci fixe au sujet de la date et du lieu de paiement des primes restent en force. Il n'est même pas exact de dire que la prime, de portable au début, soit devenue quérable — en ce sens que l'assureur aurait l'obligation de la quérir et que l'assuré n'aurait plus le droit de la porter (RG **22** pag. 51). Il n'est nullement besoin d'un nouvel accord des parties pour revenir au mode de paiement prévu dans le contrat; il suffit d'un avertissement donné par l'assureur pour rétablir le mode ancien de paiement (RO **21** pag. 539; Ehrenberg, op. cit. pag. 505; loi féd. art. 22 IV; loi allemande § 37 — v. au contraire, dans le sens de la modification de la police par l'usage, la doctrine et la jurisprudence françaises et italiennes: Le Fort et Vivante, loc. cit.; Dupuich, Traité pratique de l'assurance sur la vie nos 110, 113, 117). Le seul effet de l'usage qui s'est substitué à ce mode ancien c'est que l'assureur ne peut se prévaloir de la demeure de l'assuré que lorsqu'il a vainement tenté de faire encaisser la prime. En d'autres

termes, l'assuré continue à devoir porter la prime, conformément à ce qui est prévu par la police; mais s'il omet de le faire, cela ne pourra lui être imputé à faute, parce que l'assureur l'a habitué au mode contraire; l'action de l'assureur fondée sur la police pourrait être combattue au moyen de l'exception de dol qui a justement pour but de s'opposer à l'exercice abusif de droits dont l'existence n'est d'ailleurs pas contestée.

Ainsi cet usage de quérir la prime ne modifie ni la date de l'échéance ni le point de départ du délai de grâce. Seulement la police ne sera suspendue qu'une fois l'assuré en demeure, c'est-à-dire une fois que l'assureur sera venu quérir la prime. S'il vient la quérir avant l'expiration du délai de grâce, celui-ci continuera à courir dès le jour de l'échéance et non dès le jour de la tentative d'encaissement. Si l'assureur vient quérir la prime après l'expiration du délai de grâce, cela ne fait nullement courir en faveur de l'assuré un nouveau délai à partir de la tentative d'encaissement; s'il la paie, lors de cet encaissement, l'assureur sera tenu de l'indemniser du chef des sinistres qui seraient survenus avant ce paiement, même s'ils ont eu lieu après l'expiration du délai de grâce: en effet tant que la tentative d'encaissement n'avait pas été faite, la police n'était pas suspendue; mais si, au contraire, il ne paye pas la prime, lors de cet encaissement, alors les effets de la police seront considérés comme suspendus dès l'expiration du délai de grâce calculé à partir de l'échéance fixée par la police et l'assureur ne répondra pas des sinistres survenus après l'expiration de ce délai.

Appliquant cette règle au cas actuel on voit que — même en admettant que, par l'usage, la prime fût devenue quérable — la présentation de la quittance à l'encaissement qui a eu lieu le 3 janvier 1906 n'a pas eu pour effet de faire courir dès ce jour le délai de grâce de 15 jours. Celui-ci avait commencé à courir le 18 décembre 1905, jour de l'échéance (échéance rappelée d'ailleurs dans toutes les lettres de la Compagnie à D.); il était donc déjà expiré le 3 janvier 1906. Le défaut de paiement ce jour-là a entraîné la suspension immédiate des effets de la police; ils étaient ainsi suspendus lorsque D. a été assassiné (12/13 janvier) et la Compagnie se trouve déliée de toute obligation.

(5.) On pourrait objecter au système exposé ci-dessus qu'il a pour conséquence de forcer l'assuré à tenir toujours prêt le montant de la prime pour pouvoir payer au moment de la présentation de la quittance à l'encaissement, et que

cela est contraire à l'idée même qui a fait instituer le délai de grâce: la raison d'être de ce délai c'est justement que l'assuré n'est pas censé pouvoir se rappeler pendant plusieurs années le jours de l'échéance, de manière à tenir les fonds prêts pour ce jour-là. Cette objection ne paraît pas décisive: en effet le délai de grâce ne se trouve pas abrégé et, à ce point de vue là, l'assuré ne risque donc pas plus de voir l'effet de la police suspendu, lorsque la prime, par l'usage, est devenue quérable que lorsqu'elle est restée portable. Au surplus même si, pour tenir compte de cette objection, on exige que l'assureur qui a pris l'habitude de rappeler l'échéance à l'assuré continue à l'avenir à donner cet avertissement (v. Ehrenberg, p. 506), il faut remarquer que c'est bien ce que, en l'espèce, la Compagnie a fait par sa lettre du 27 décembre 1905. Par cette lettre la Compagnie rappelait à D. la date de l'échéance; on ne peut donc pas dire que la présentation de la quittance à l'encaissement le 3 janvier l'ait pris au dépourvu. Tout au plus pourrait-on songer à ne faire partir le délai de grâce, que du jour où cet avertissement a été donné (27 décembre); même dans ce cas il se trouvait expiré lorsque la mort de D. est survenue.

(6.) Il résulte de ce qui précède que l'usage invoqué par la recourante et qui aurait dérogé aux règles de la police n'a pas pu avoir pour effet de reporter au 3 janvier 1906 le point de départ du délai de grâce. Dès lors il n'est pas nécessaire de rechercher si vraiment cet usage s'était introduit. Il est également superflu de rechercher si la clause de l'art. 8 qui interdit à l'assuré de se prévaloir d'un usage contraire aux règles de la police est licite ou si elle doit, au contraire, être tenue pour nulle parce qu'elle impliquerait une protestatio facto contraria (v. sur ce point Regelsberger, Pandekten, I p. 504; Ehrenberg, p. 507; Journal des Assurances 1886 p. 164; en sens opposé RG **22** p. 56 et Le Fort, op. cit. p. 88 qui déclare cette clause licite). (Entsch. vom 13. Februar 1909 i. S. Durel c. Compagnie d'assurance du Haut-Rhin.)

41. *Markennachahmung (Nachahmung von gemischten Marken, die zur Anbringung auf Etiketten und Flaschenkorken dienen). Bundesgesetz über den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, vom 26. September 1890, Art. 24 litt. a.*

Die Klägerin, die Firma „Chandon & Cie, successeurs de Moët & Chandon", die in Epernay (Departement de la Marne, in Frankreich) die Fabrikation und den Verkauf von Cham-

pagnerweinen betreibt, hat im Jahre 1881 von ihrer Rechtsvorfahrin, der Firma „Moët & Chandon“ vertraglich das Recht zum Gebrauch dieses Firmanamens als Handelsmarke übernommen. Am 11. Januar 1897 liess sie auf dem eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum für ihre Champagnerweine zwei Marken eintragen: die Marke Nr. 8873 zur Anbringung als Etikette auf den Flaschen und die Marke Nr. 8871 zur Anbringung auf den Flaschenkorken. Beide Marken sind aus figurativen Elementen und dem Firmanamen „Moët & Chandon“ gebildet.

Die Beklagte, Champagnerkellerei AG in Biel, brachte Schaumweine in den Handel, für die sie auf Etiketten und Korken das Wort „Mouette“ verwendete. In dieser Verwendung erblickte die Klägerin, die Firma Chandon & Cie in Epernay, eine Verletzung ihres Markenrechts; sie erhob Klage mit den Rechtsbegehren auf 1. Untersagung des Gebrauches des Namens „Mouette“ auf den Etiketten; 2. Untersagung desselben Wortes auf den Flaschenkorken; 3. Schadenersatz; 4. Konfiskation der beschlagnahmten Weine, Etiketten, Flaschenkorke und Stempel; 5. Publikation des Urteils. Das Bundesgericht (als Berufungsinstanz) hiess die sämtlichen Rechtsbegehren im Wesentlichen gut, Nr. 4 mit der Einschränkung, dass die Flaschenkorke nicht zu vernichten, sondern nur das Markenbild auf ihnen unkenntlich zu machen sei. Aus der Begründung des Urteils ist hervorzuheben:

(5.) Gegenüber der behaupteten Nachahmung der Marke Nr. 8873 wendet die Beklagte zunächst ohne Grund ein, man habe es mit einer Etikette zu tun, die den Markenschutz nicht geniesse. Es ist hier nicht die Etikette, sondern die Marke, als welche sie sich gleichzeitig darstellt, die gesetzlich geschützt wird, und dieser Schutz kann ihr dadurch nicht verloren gehen, dass sie gleichzeitig als Etikette funktioniert (vergl. AS **16** S. 42). Dass aber die Marke Nr. 8873 als solche den Anforderungen, die an eine schutzfähige Marke zu stellen sind, aus irgend einem Grunde und namentlich wegen ihrer Verwendung als Etikette nicht genüge, hat die Beklagte, und mit Recht, nicht geltend gemacht.

Vergleicht man nun die Marke Nr. 8873 mit der von der Beklagten verwendeten Etikette, so ergibt sich unzweifelhaft, dass diese den Charakter einer gesetzwidrigen Nachahmung hat. In der Tat weist sie in ihrem Gesamteindruck, in allen wesentlichen Einzelheiten und in der verwendeten Farbe und deren Nuancierung eine grosse Aehnlichkeit mit der klägerischen Marke auf und ist der Schluss unabweislich, dass diese

ihr als Vorbild gedient hat zu dem Zwecke, beim kaufenden Publikum eine Verwechslung zwischen den Erzeugnissen der Klägerin und der Beklagten hervorzurufen. Darüber mag folgendes hervorgehoben werden: Wie die Marke der Klägerin, so stellt auch die Etikette der Beklagten ein liegendes Rechteck mit weisser Randeinfassung dar, befindet sich darin eine vom dunkelblauen Grunde sich abhebende Randzeichnung, die einen Rahmen umgibt; umschliesst dieser Rahmen ein liegendes, ovales, seine vier Seiten berührendes und von Schlangenlinien durchzogenes Medaillon und ist in dessen obern Seite ein zum Teil in den Rahmen hinausragender Stern angebracht. Dabei sind alle Einzelheiten in der Grösse, in der in blau ausgeführten Zeichnung, und in den Nuancen des Blau so gehalten, dass charakteristische Unterscheidungsmerkmale, die in der Erinnerung des Beschauers haften bleiben, fehlen, die Unterschiede vielmehr nur nebensächliche, nicht in die Augen fallende Bestandteile betreffen (wie etwa die Ausfüllungen in den vier Eckstücken, die der Rahmen mit dem in ihn eingelegten Medaillon bildet). Als bedeutsam ist namentlich hervorzuheben, wie bei der Etikette der Beklagten die Muschelzeichnung, die bei der klägerischen Marke als Rahmeneinfassung dient, in ihren dekorativen Einzelheiten abgeändert wurde, ohne dadurch ein erheblich verschiedenes Aussehen zu erhalten. Auf möglichste Aehnlichkeit ist sodann auch bei der im Medaillon angebrachten Aufschrift gesehen worden, die bei der klägerischen Marke lautet: „Champagne Mousseux“ (1. Zeile) „de“ (2 Zeile) „Moët & Chandon“ (3. Zeile) „Epernay“ (4. Zeile), und bei der Etikette der Beklagten: „Grand Mousseux“ (1. Zeile) „Mouette“ (2. Zeile) „Français“ (3. Zeile). Die Worte „Grand Mousseux“ sind, gleich dem „Champagne Mousseux“ der klägerischen Marke, nicht in gerader Linie, sondern bogenförmig, nach links und rechts sich erhebend, angebracht und in dunkler Schrift gehalten. Das „de“ der Marke aber ist so klein, dass sein Fehlen auf der beklagtischen Etikette nicht auffällt. Sodann finden sich die beiden Zeilen „Mouette-Français“, wie die zwei Zeilen „Moët & Chandon-Epernay“ der klägerischen Marke, geradlinig gedruckt und zwar mit ähnlichen hellen, am Rande dunkel schattierten Lettern. All' das führt dazu, dass der Gesamteindruck, den die Aufschrift auf der Etikette der Beklagten macht, trotz der Verschiedenheit der Worte, dem Gesamteindruck der Aufschrift bei der klägerischen Marke nahe kommt. Dazu gesellt sich als weiteres Element, um die Verwechslungsmöglichkeit zu steigern, die Wahl des Wortes „Mouette“, das nahezu gleich klingt wie

das „Moët“ der Klägerin, welcher Gleichklang leicht die verschiedene Schreibart und Bedeutung der beiden Ausdrücke übersehen lässt, um so mehr, als im gewöhnlichen Sprachgebrauch die Erzeugnisse der Klägerin bekanntermassen meistens kurzweg mit dem blossen Worte „Moët“ (une bouteille de Moët, une Moët etc.) bezeichnet werden. Im gleichen Sinne wirkt auch das von der Beklagten gewählte Wort „Français“, insofern es an den örtlichen Ursprung der klägerischen Ware denken lässt. Dabei ist zu bemerken, dass diese Worte, „Mouette“ und „Français“, hier nur in markenrechtlicher Beziehung, und zwar als einzelne Momente für die Nachahmung der klägerischen Marke in Betracht kommen, während die Frage, ob die Klägerin der Beklagten deren Gebrauch aus andern rechtlichen Gesichtspunkten, namentlich dem der concurrence déloyale oder unzulässiger Herkunftsbezeichnung (Art. 18 MSchG) verbieten könnte, nicht zum Entscheide steht. Endlich ist noch hervorzuheben, dass bei der Beurteilung der Aehnlichkeit die Aufschrift nicht nur für sich allein ins Auge gefasst werden darf, sondern als Bestandteil der aus Bild- und Wort-Elementen gemischten Gesamtmarke zu würdigen ist und dass die mit zum Markenbild gehörenden figurativen Bestandteile nach dem Gesagten wesentlich dahin wirken müssen, die Unterschiede in den Wortbestandteilen abzuschwächen. Hieraus ergibt sich von selbst, dass sich die Beklagte mit Unrecht auf Bundesgerichtsentscheide (z. B. AS **27** II Nr. 66), die reine Wortmarken betrafen, glaubt berufen zu können. Unstichhaltig ist auch ihr Hinweis auf die besondere Art des Verschlusses ihrer Weine und auf die auf ihren Flaschen angebrachte Halsschleife. Diese sind, wie die Vorinstanz richtig hervorhebt, nicht Bestandteile der angefochtenen Etikette und üben auch auf den Eindruck, den diese im Vergleiche mit dem der klägerischen Marke macht, keinen Einfluss aus, da eben das Publikum wesentlich nur nach der Etikette über die Herkunft und die Sorte des Weines sich vergewissert. Endlich tut auch der Umstand nichts zur Sache, dass der von der Klägerin als Bestandteil ihrer Marke verwendete Stern in der Champagnerbranche Freizeichen ist, da auf der Etikette der Beklagten nicht der Stern als solcher, sondern sein Gebrauch im Gesamtbild, seine Stellung darin, als einzelnes Merkmal für die beabsichtigte Nachahmung in Betracht gezogen wird.

(6.) Zweifelhafter ist die Frage, ob das von der Beklagten auf den Korken verwendete, als Marke eingetragene Zeichen eine ungesetzliche Nachahmung der klägerischen Marke

Nr. 8871 sei. In der Tat beschränkt sich hier das figurative Element, abgesehen von dem als Freizeichen anzuerkennenden Stern, auf den Kreis und ist zudem die Anordnung der Wortbestandteile — „Moët & Chandon" bei der Klägerin und „Grand Mousseux Mouette" bei der Beklagten —, eine andere, so dass es sich eigentlich, wie die Klägerin selbst laut ihrem Rechtsbegehren 2 anzunehmen scheint, nur fragen kann, ob das Wort „Mouette" als Gegenstück des klägerischen „Moët" die Täuschung zu bewirken vermöge. Die Frage darf in Abweichung vom Vorentscheide bejaht werden, indem zu erwägen ist, dass die beiden Worte in ihrem Gesamtbilde Aehnlichkeit aufweisen, dass ihr beinahe gleicher Klang für das Auge unbewusst den Eindruck dieser Aehnlichkeit verstärkt und dass ein gewisser Zusammenhang in der Täuschungswirkung zwischen der Etikette und dem Korkbrande der Beklagten insofern besteht, als derjenige, der durch die Etikette sich dazu hat verleiten lassen, den Inhalt der Flasche als klägerisches Erzeugnis zu halten, beim Betrachten des herausgenommenen Korkes bereits unter dem Einflusse der schon eingetretenen Täuschung sich befindet und deshalb schwerer zu einer richtigen Würdigung gelangen kann. Für das Gegenteil ist der von der Vorinstanz angerufene Bundesgerichtsentscheid i. S. Prod'hom c. Frémiot (AS **20** Nr. 141) nicht beweisend, indem der Phantasiename „Antinosin", den der damalige Beklagte verwendet hatte, auf der Marke mit einem — nicht nachgemachten oder nachgeahmten — Zusatz („Genève, à la Case de l'Oncle Tome") versehen war, der das klägerische Geschäft deutlich bezeichnete und damit gleichzeitig der Marke ihr charakteristisches Gepräge geben half, während hier das nachgeahmte Wort „Moët" nicht Phantasiename, sondern Bestandteil des Firmanamens des Markeninhabers und seine Nachahmung „Mouette" geeignet ist, das Korkzeichen der Beklagten der klägerischen Marke Nr. 8871 ähnlich zu machen. (Entsch. vom 27. November **1908** i. S. Chandon & Cie c. Champagnerkellerei A.-G. in Biel.)

---

42. *Haftpflicht der Eisenbahnunternehmungen. Bundesgesetz vom 28. März 1905, Art. 1 und 18. Einfluss des Verschuldens dritter Personen. Tritt als Kläger der Vater des verletzten Kindes auf und fällt jenem ein Verschulden zur Last, so kann die Eisenbahnunternehmung ihm dieses Verschulden im Haftpflichtprozess entgegenhalten.*

Dans un cas où c'est le tiers en faute qui lui-même se porte demandeur, l'entreprise peut, à ce dernier, opposer sa faute directement, immédiatement, comme elle serait en droit de le faire, en vertu de l'article 18 de la loi, dans un procès ultérieur ayant pour objet son droit de recours légal. Il semble, en effet, conforme à l'équité, ainsi qu'à l'esprit de la loi, et en même temps il apparaît plus simple, puisque l'entreprise peut se retourner contre celui-là même qui l'attaque, de lui en fournir le moyen dans le même procès. Celui qui, alors, agit dans le procès au nom de la victime, son enfant, ne peut pas réclamer de l'entreprise le paiement d'une indemnité pour la partie du dommage dont lui-même est responsable et jusqu'à concurrence de laquelle l'entreprise, si elle devait être condamnée au paiement de cette indemnité, aurait droit de recours contre lui.

D'autre part, le droit de recours que l'article 18 de la loi reconnaît à l'entreprise n'existe évidemment que dans la mesure en laquelle la faute du tiers peut être considérée comme la cause de l'accident. (Entsch. vom 1. Oktober 1908 i. S. Compagnie genevoise des Tramways électriques c. Vallino.)

43. *Verzinsung der Haftpflichtentschädigung.*

Die Verzinsung der Haftpflichtentschädigung hat grundsätzlich vom Unfallstage an zu erfolgen, weil es sich dabei nicht um einen Verzugszins im Sinne des Art. 119 OR, sondern vielmehr um einen, nach Gesetz zum vollen Schadensersatz gehörenden Schadenszins handelt (vgl. Hafner's Komm. zu Art. 119 OR, Anmerkung 1 b). Und zwar ist hiefür der bisher übliche Zinsfuss von 5 % zuzulassen, aus der Erwägung, dass der mangels sofortiger Abfindung vor deren Eintritt zu anderweitiger Geldbeschaffung genötigte Entschädigungsberechtigte zur Zeit im allgemeinen wohl einen so hohen Zins wird entrichten müssen. Danach aber kann der Entschädigungsberechtigte diesen Schadenszins nicht fordern, wenn und soweit er eine ihm vorbehaltlos — unbeschadet seiner vermeintlich weitergehenden Ansprüche — angebotene Anzahlung ablehnt, wie die Klägerin dies hinsichtlich der ihr am 23. März 1907 zur Verfügung gestellten Fr. 1800.— getan hat. Für solche Entschädigungsbeträge schuldet der Haftpflichtige vielmehr nur den laufenden Geldzins. (Entsch. vom 18. November 1908 i. S. von Arx Söhne c. Husi.)

44. *Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen, vom 24. Juni 1902, speziell Art. 27 ff. und Art. 40. Verhältnis zum Fabrikhaftpflichtgesetze. Begriff der „Angestellten und Arbeiter“ im Sinne des Art. 40 cit.*

Es kann keinem begründeten Zweifel unterliegen, dass der Begriff des Angestellten und Arbeiters nach Art. 40 SchwStStrG derselbe ist, wie nach dem FHG und der Novelle zu diesem. Hiefür sprechen nicht nur die Gleichheit des Ausdruckes, sondern vor allem der Umstand, dass Art. 40 nichts anderes ist als ein gesetzlicher Hinweis auf die Fabrikhaftpflichtnormen, sowie der Zweck der Bestimmung, der unverkennbar darin liegt, dass man, was die Beziehungen zwischen Unternehmer und Arbeiter, das Arbeitsverhältnis, anbetrifft, bei der Haftpflicht keinen Unterschied zwischen elektrischen Anlagen und sonstigen haftpflichtigen Betrieben machen wollte, welchem Gedanken es entspricht, dass hier wie dort der der Gewerbehaftpflicht unterstehende Betriebskreis in gleicher Weise umschrieben wird, und zwar ohne Rücksicht darauf, dass man es im einen Fall mit der Abgrenzung der haftpflichtberechtigten von den nichthaftpflichtberechtigten Personen zu tun hat, während es sich im andern Fall um die Abgrenzung der auf das Maximum beschränkten Haftpflicht von der dem Betrage nach nicht beschränkten nach Art. 27 ff. handeln kann. (Entsch. vom 28. Januar 1909 i. S. Danioth c. Elektrizitätswerk Jona A.-G.)

---

45. *Bundesgesetz über die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen, vom 24. Juni 1902, Art. 27 ff., 36 Abs. 1. Haftpflicht der Betriebsinhaber, speziell: Anwendbarkeit von Art. 54 OR.*

Frägt es sich, ob in Haftpflichtfällen nach Art. 27 des BG betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen ausser dem Ersatz des erweislichen Schadens eine angemessene Geldsumme „unter Würdigung der Umstände, namentlich in Fällen von Arglist und grober Fahrlässigkeit“ gesprochen werden kann (Art. 54 OR), so fällt in Betracht: Die Entstehungsgeschichte des V., die Haftpflichtbestimmungen enthaltenden Titels des BG betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen zeigt deutlich, dass die Haftpflicht der Inhaber von elektrischen Stromanlagen gegenüber Dritten nach Analogie der Grundsätze über die Eisenbahnhaftpflicht geordnet werden sollte (s. Botschaft des Bundesrates zum Gesetzesentwurf S. 26; Stenogr. Bull. 1900 S. 584,

618, 355), und es sind keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass dabei nicht auch eine dem Art. 7 des EHG von 1875 entsprechende Bestimmung Platz greifen sollte. Statt die Vorschriften des EHG zu reproduzieren oder darauf zu verweisen, lag es nahe, für den Umfang der Haftung auf das seit Erlass des erstern Gesetzes ins Leben getretene Schadenersatzrecht des OR abzustellen, das dann in dieser Beziehung auch als Grundlage des neuen EHG von 1905 gedient hat. Und dieser Weg wurde mit dem Hinweis auf das OR in Art. 36 Abs. 1 eingeschlagen, ohne Frage in der Meinung, dass dadurch die Haftpflicht wesentlich wie bei den Eisenbahnen und jedenfalls für den Berechtigten nicht ungünstiger als dort geregelt, und insbesondere auch der gerade dem Art. 7 des EHG von 1875 nachgebildete Art. 54 des OR als anwendbar erklärt sei (s. Botschaft S. 31, Stenogr. Bull. 1900 S. 661 und 380). Es wäre in der Tat eine befremdliche Anomalie, für die keine Rechtfertigung ersichtlich ist, wenn der schon im alten EHG für besondere Fälle vorgesehene und im neuen Gesetz (Art. 8) in seinem Anwendungsgebiet noch erweiterte Ersatz des sog immateriellen Schadens (Genugtuungssumme) nicht auch für die nach Grund und Zweck der Eisenbahnhaftpflicht durchaus verwandte Haftpflicht des Inhabers elektrischer Stromanlagen (gegenüber Dritten) gelten und wenn in dieser Hinsicht die letztgenannte Institution sogar hinter dem gemeinen Recht (Art. 54 OR) zurückbleiben würde. Der Ausdruck „Bemessung der Entschädigung" darf daher nicht enge im Sinne der Festsetzung des erstattungsfähigen ökonomischen Schadens verstanden werden, sondern es ist ihm nach Entstehungsgeschichte und ratio des Gesetzes die weitere Bedeutung beizulegen, dass er sich auch auf die Genugtuungssumme nach Art. 54 OR bezieht, die nach dem System dieses Gesetzes als besondere Unterart unter den allgemeinen Schadensbegriff fällt. (Entsch. vom 28. Oktober 1908 i. S. Durrer c. Bürgergemeinde Kerns.)

---

46. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889, Art. 107. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 59. Streitwert bei der Widerspruchsklage nach Art. 107 l. c.*

In mehreren Betreibungen gegen B., worunter eine solche des E., wurde Wirtschaftsmobiliar in der Wirtschaft des B. gepfändet und auf Fr. 2428.— gewertet. E. sprach die Pfändungs-

objekte für Eigentum an und erhob, da dieses sowohl von B. als auch von einem mitbetreibenden Gläubiger St. bestritten wurde, Klage auf Grund von Art. 107 SchKG.

Aus den Gründen:

Der Streitwert im vorliegenden Widerspruchsprozesse zwischen dem Pfändungswidersprecher und dem Pfändungsschuldner, wobei jener, wie hier, das Eigentum an den Pfändungsobjekten geltend macht, entspricht dem Werte dieser Objekte. Denn bei dieser Besetzung der Parteirollen des Widerspruchsverfahrens — im Gegensatz zum Widerspruchsprozesse zwischen dem Pfändungswidersprecher und dem bezw. einem der Pfändungsgläubiger — steht das den Widerspruch begründende Recht als solches in Frage, dessen Wert im gegebenen Falle des Eigentumsanspruchs dem vollen Sachwerte gleichkommt. Die Einwendung des Beklagten, dass die streitige Pfändung bereits nicht mehr im ganzen Umfange, sondern nur noch für die eigene Pfändungsforderung des Klägers von Fr. 500.— und diejenige des ihm (neben dem Beklagten) opponierenden Gläubigers Stamm von Fr. 1000.— zu Recht bestehe, da die übrigen beteiligten Gläubiger den Anspruch des Klägers nicht bestritten und demzufolge ihr Pfändungsrecht bereits verloren hätten, und dass danach das Interesse des Klägers an seinem Anspruch den Wert von Fr. 2000.— nicht erreiche, verkennt die Tragweite des im fraglichen Widerspruchsverfahren getroffenen Entscheides. Diesem Entscheide kommt einerseits rechtliche Bedeutung zu über den Rahmen des schwebenden Betreibungsverfahrens hinaus, indem er die gegenseitige Rechtsstellung der Parteien zu den streitigen Pfändungsobjekten definitiv, mit dauernder Rechtskraft unter den Parteien, regelt. Und anderseits beschränkt sich seine Rechtswirkung in diesem Betreibungsverfahren selbst nicht notwendig auf die Parteien. Vielmehr kommt im Falle des Obsiegens des Pfändungsschuldners der Prozessausgang auch dem oder den Pfändungsgläubigern zu gute, welche den Anspruch des Pfändungswidersprechers nicht bestritten haben, da dadurch eben die Pfändbarkeit der gepfändeten Objekte festgestellt wird. Aus diesen beiden Gründen aber umfasst das hier im Streite liegende Interesse die gesamten Pfändungsobjekte, und es ist somit, nach deren Schätzung von Fr. 2428.—, dem Streitwerterfordernis des Art. 59 OG Genüge geleistet (vergl. hiezu Jäger, Komm. zum SchKG, Art. 107, Anm. 5, S. 189, sub: „Rechtskraft des Urteils", sowie den entsprechenden Vorbehalt bezüglich der Widerspruchsklage „gegen den Gemeinschuldner selber" in AS **31** II, Nr. 102

Erw. 1, eingangs. S. 785). (Entsch. vom 22. Januar 1909 i. S. Eggstein c. Bächtold.)

---

47. *Verjährung im Konkurse und im Nachlassverfahren.*

1. Die Konkursmasse kann einer Konkursforderung die Verjährungseinrede auch dann entgegensetzen, wenn der Gemeinschuldner erklärt hat, auf die Einrede zu verzichten.

2. Stellung des Nachlassschuldners zur Verjährung der ihm zustehenden Forderungen. Art. 298 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889.

1. Le demandeur P. est intervenu pour une cédule de Fr. 6000.— du 31 décembre 1889 dans la faillite de Veuve G.; celle-ci a admis cette intervention, déclarant ainsi renoncer à se prévaloir de la prescription acquise. La première question qui se pose est de savoir si la masse a qualité pour opposer à une prétention une prescription acquise, alors même que le failli déclare ne pas vouloir s'en prévaloir. C'est à bon droit que l'instance cantonale (Tribunal cantonal de Neuchâtel) a répondu affirmativement.

En effet, le droit du débiteur d'opposer la prescription acquise est un droit pécuniaire, qui rentre dans la masse avec tous les autres biens du failli, conformément aux articles 197 et suivants LP. Aucune disposition de la législation fédérale ne permet d'attacher à ce droit un caractère personnel, en ce sens qu'il ne pourrait être exercé que par le débiteur personnellement et ne pourrait passer à sa masse. Cette manière de voir est formellement repoussée par le droit français (CCF art. 2225); elle n'a pas non plus inspiré notre législation. Cela est si vrai que l'article 159 CO dispose expressément que la renonciation faite par le débiteur principal n'est pas opposable à la caution, admettant ainsi qu'il ne s'agit pas là d'un droit strictement personnel.

2. Malgré la solution donnée par elle à cette première question, l'instance cantonale a accueilli la demande par le motif qu'antérieurement à sa mise en faillite dame G. aurait renoncé à la prescription acquise, au sens de l'article 159 CO, et que, par conséquent, sa masse ne peut avoir plus de droits qu'elle.

Pour que cette renonciation du créancier puisse être ainsi opposée à la masse, il faut non seulement qu'elle ait été opérée, — ce que le jugement dont est recours admet en l'espèce, — mais il faut encore qu'elle soit valable. Le Tribunal cantonal de Neuchâtel a constaté, en fait, que le

5 février 1908, soit antérieurement à sa mise en faillite, au cours des opérations de son concordat, dame G. a signé, sans réserve sur ce point, le procès-verbal de la séance de liquidation des inscriptions, dans lequel la cédule du 31 décembre 1889 avait été admise, et que ce procès-verbal porte que dame G. a été invité à se prononcer sur les créances produites. Or, l'article 298 LP interdit au débiteur, à partir de la publication du sursis concordataire et sous peine de nullité, d'aliéner ou d'hypothéquer un immeuble, de constituer un gage, de se porter caution et de disposer à titre gratuit. La question qui se pose est donc de savoir si la renonciation à se prévaloir d'une prescription acquise constitue une disposition à titre gratuit.

L'idée générale qui a inspiré le chapitre de la LP concernant le concordat est de mettre le débiteur au „bénéfice" d'un état privilégié, cela à la condition que sa situation reste intacte pour le cas où, le concordat ne pouvant aboutir, la faillite deviendrait inévitable. Le but de l'article 298, sa raison d'être, est d'interdire au débiteur tous actes diminuant son patrimoine, à l'exception de ceux qui doivent être coindivis comme rentrant dans la continuation normale de ses affaires. Or, la renonciation à une prescription acquise entraîne une diminution de patrimoine, elle enlève aux créanciers un droit dont ils pourraient se prévaloir et faire usage dans le cas où la faillite viendrait à être prononcée et où le porteur de la créance prescrite y interviendrait. A ce point de vue général, déjà, la renonciation à la prescription acquise devrait donc être considérée comme interdite au débiteur qui est au bénéfice d'un concordat.

D'autre part, la prescription est considérée en droit fédéral, par la place même que le chapitre qui la concerne occupe dans le CO, comme un des modes d'extinction des obligations. Une obligation prescrite est donc éteinte si le débiteur se prévaut de la prescription, et la renonciation à se prévaloir de ce moyen, rend à l'obligation sa force primitive. Le débiteur grève de rechef son patrimoine, qui eût été degrevé s'il avait opposé la prescription, ou, tout au moins, il redonne une base légale à une dette qui ne reposait plus que sur la conscience ou l'honneur. En renonçant à la prescription le débiteur abandonne, en réalité, un élément de patrimoine sans contre-prestation, sans contre-valeur économique; il dispose à titre gratuit (comp. dans ce sens: Krasnopolski, Anfechtungsrecht der Gläubiger, p. 45 et 48; Menzel, Anfechtungsrecht, p. 125; Brand, Anfechtungsrecht, p. 198).

Il importe peu, à cet égard, que l'art. 72 al. 2 CO dispose qu'on ne peut répéter ce qu'on a payé pour acquitter une dette prescrite ou pour accomplir un devoir moral. La prestation exécuté pour accomplir un devoir moral ne constitue pas moins une donation, c'est-à-dire une disposition à titre gratuit (comp. Regelsberger, Pandekten § 168 ch. 2). La prohibition de répétition de certaines prestations ne fait donc pas obstacle à leur caractère d'actes à titre gratuit, tout au moins dans le domaine de la faillite.

3. Il résulte de ce qui précède qu'il était interdit à dame G. de renoncer, au cours du concordat, à la prescription acquise contre le demandeur, et que cet acte doit être considéré comme nul, aux termes de l'art. 298 LP. Il est dès lors sans intérêt de savoir si cette renonciation est valable ou non, en la forme dans laquelle elle a été opérée. (Entsch. vom 7. November 1908 i. S. Masse Gueissaz c. Pellaton.)

B. Kantonale Entscheidungen.

48. *Haftung des Geschäftsherrn auch für ideellen Schaden gemäss Art. 55 OR.*

Bern. Urteil des App.- u. Cass.-Hofes vom 28. Januar 1908 i. S. Sourbeck c. Arbeiterunion.

Karl Moor, verantwortlicher Redaktor der „Berner Tagwacht", deren Herausgabe die Genossenschaft Arbeiterunion Bern als Gewerbe betreibt, war von Th. Sourbeck wegen eines in der Tagwacht abgedruckten ehrenrührigen Gedichtes auf Bezahlung einer Entschädigung für tort moral gemäss Art. 55 OR belangt worden. Während der Rechtshängigkeit dieses Prozesses reichte Sourbeck eine weitere Klage gegen die Genossenschaft Arbeiterunion Bern auf Verurteilung derselben für den Schaden, den Moor dem Kläger durch Veröffentlichung des Gedichtes verursacht habe, ein. Am 29. September 1906 erging gegen Moor das Urteil, dass er dem Sourbeck eine Entschädigung von 100 Fr. zu zahlen habe. Die Klage gegen die Arbeiterunion wurde gemäss Art. 62 OR zugelassen und geprüft und dadurch erledigt, dass die Beklagte für die 100 Fr. haftbar erklärt wurde, die der App.- u. Cass.-Hof dem Karl Moor als Ersatz für tort moral auferlegt hatte. In Frage stand unter den Parteien hauptsächlich, ob der Geschäftsherr auch für ein von seinem An-

gestellten zugefügtes tort moral haftbar sei. Das Gericht äusserte sich darüber folgendermassen:

Die Haftbarkeit gemäss Art. 62 könnte von der Beklagten höchstens verneint werden mit Rücksicht auf den von ihr eingenommenen Standpunkt, dass ein Schaden gemäss Art. 55 OR vom Geschäftsherrn nicht zu ersetzen sei. Allein es kann kein Grund geltend gemacht werden, aus dem dieser Standpunkt zu rechtfertigen wäre. Denn die Art. 61 und 62 OR unterscheiden in keiner Weise zwischen Vermögensschaden und ideellem Schaden; darnach ist anzunehmen, dass in ihnen die Haftbarkeit für allen nach den Art. 50 ff. OR denkbaren Schaden statuiert werden soll, also auch für den Schaden, dessen Ersatz der Verletzte auf Grund der Art. 54 und 55 OR zu fordern berechtigt ist. Dass dem Anspruch aus Art. 55 nicht etwa pönaler Charakter zukommt, dass vielmehr die auf diese Gesetzesbestimmung gegründete Forderung des Verletzten wirklich eine Schadensersatzforderung ist, hat das Bundesgericht schon mehrfach festgestellt (vergl. BGE Bd. **11** S. 204). Darnach steht ausser Zweifel, dass der Geschäftsherr auch für den Schaden verantwortlich ist, den ein durch die geschäftlichen Verrichtungen seiner Angestellten Verletzter auf Grund von Art. 55 OR geltend macht.

(Sourbeck hatte nun aber auch von der Arbeiterunion die Bezahlung der dem K. Moor in seinem Prozesse auferlegten Prozesskosten von Fr. 400 verlangt. Damit hat ihn das Gericht abgewiesen, da nicht gesagt werden könne, dass diese Kosten ein Schaden seien, den Moor dem Kläger „in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen" als Redaktor zugefügt habe, denn als beklagte Partei habe Moor nicht in geschäftlicher Eigenschaft gehandelt.) (Zeitschr. d. Bern. Jur.-V., XLIV S. 559 ff.)

49. *Faustpfandrecht. Voraussetzungen gutgläubigen Erwerbs. Befugnisse des Handlungsbevollmächtigten. Art. 207, 426 OR.*

Zürich. Urteil der I. Appellationskammer vom 2. September 1908.

Eine auswärtige Fabrik hatte in Zürich eine Filiale, deren Leitung sie dem M. übertragen hatte. Dieser übergab dem F., der für ihn eine Bürgschaft geleistet, als Deckung hiefür eine der Fabrik gehörige Kontrollkasse (Registriermaschine) zu Faustpfand. Später entliess die Fabrik den M. wegen Unterschlagungen und belangte den F. auf Herausgabe der Kasse, wogegen dieser einwandte, er habe dieselbe von M. in gutem Glauben erhalten, da er nicht gewusst habe, dass sie der

Fabrik gehöre. Das Bezirksgericht wies die Klage ab, indem es zwar als festgestellt annahm, dass F. gewusst habe, dass M. bloss Angestellter der Fabrik sei, und dass die Kasse dieser, nicht dem M. gehöre, allein das habe nicht ausgeschlossen, dass M. doch selbständig über die Kasse habe verfügen können, und dass ihn F. für hiezu berechtigt habe halten dürfen, da M. ihm versichert habe, er bedürfe das Geld zu geschäftlichen Zwecken. Das Obergericht hat dagegen die Klage gutgeheissen.

Gründe: Es ist zwischen den Parteien nur streitig, ob Beklagter in gutem Glauben war, als M. ihm die Registriermaschine verpfändete. Die Beweislast für den bösen Glauben trifft die Klägerin. Als bewiesen ist anzusehen, dass der Beklagte annehmen musste, die Maschine gehöre der Klägerin. Die Vorinstanz hat trotzdem den guten Glauben des Beklagten daraus gefolgert, dass M. ihm erklärt hatte, er könne über die Maschine frei verfügen und er müsse das Geld zu geschäftlichen Zwecken haben; somit habe der Beklagte annehmen dürfen, M. sei zur Verpfändung berechtigt. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Die Klägerin hat der ihr obliegenden Beweispflicht dadurch genügt, dass sie dargetan hat, dass aus der Lage der Umstände der Beklagte seinen guten Glauben nicht herleiten konnte; dem gegenüber wäre es Sache des Beklagten gewesen, den Gegenbeweis zu erbringen, dass trotzdem dieser gute Glaube vorgelegen habe; für diesen Beweis genügt es aber nicht, dass der verpfändende Dritte vorgab, zu der Verfügung berechtigt zu sein, sondern es wäre vom Beklagten zu zeigen, dass er alles getan habe, was unter den obwaltenden Umständen gemäss den Regeln eines redlichen Verkehrs in Rücksicht auf die Rechte der Klägerin geboten erschien. Diesen Beweis konnte er nicht leisten, denn dass er sich in irgend einer Weise von M. seine Befugnis zur Verpfändung solcher Maschinen habe belegen lassen, kann er nicht behaupten, während er hiezu alle Veranlassung gehabt hätte. Es ist sogar von M. in der gegen ihn geführten Strafuntersuchung behauptet worden, er habe dem Beklagten seinen Anstellungsvertrag gezeigt, um ihm zu beweisen, dass sein Onkel für ihn Garantie geleistet habe; ist dies richtig, so wäre es für den Beklagten ein Leichtes gewesen, sich an Hand dieses Vertrages über das Anstellungsverhältnis des M. zu informieren, und dann hätte sich ergeben, dass eine Befugnis zur Verpfändung der Maschine, speziell auch zu dem Zwecke, um für das Geschäft Reisende anzustellen, sich aus diesem Vertrage nicht herleiten liess. Da diese Deposition des M. in der gleichen Einvernahme

erfolgte, in welcher die für den guten Glauben von der Vorinstanz als ausschlaggebend erachtete Aeusserung von ihm gemacht wurde, so ist darauf ebensowohl wie auf die letztere abzustellen. Da somit das Wissenmüssen des Beklagten vom Eigentum der Klägerin durch einen erheblichen Gegenbeweis des Beklagten für seinen guten Glauben nicht aufgehoben ist, so kann sein Pfandrecht an der Maschine nicht geschützt werden.

Der Beklagte gelangte gegen dieses Urteil mit einer Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht und berief sich u. a. auch auf Verletzung des Art. 426 OR. Das Kassationsgericht wies aber die Beschwerde ab und bemerkte über letztern Punkt, von einer Verletzung des Art. 426 OR könne nicht die Rede sein, da eine derartige Verpfändung der dem Geschäft gehörenden Maschinen behufs Aufnahme eines Darleihens nicht unter diejenigen Rechtshandlungen falle, die der Betrieb eines solchen Filialgeschäftes gewöhnlich mit sich bringt, wie denn auch Abs. 2 von Art. 426 zur Aufnahme von Darlehen seitens des Handlungsbevollmächtigten eine ausdrückliche Ermächtigung verlange.

(Blätter f. zürch. Rechtsprechung, VIII S. 1 f.)

---

50. *Untersuchungs- und Rügepflicht des Käufers einer Ware bei Weigerung der Annahme wegen verfrühter Lieferung. Art. 246 OR.*

Bern. Urteil des App.- u. Cass.-Hofes vom 23. Mai 1908 i. S. van Veen c. Kipfer.

Die Rechtsfrage ist, ob nicht die Ware gemäss Art. 246 OR aus dem Grunde als genehmigt anzusehen sei, weil der Käufer (Beklagter) seiner Untersuchungs- und Rügepflicht nicht rechtzeitig nachgekommen sei. Während nämlich der Kläger (Verkäufer) der Ansicht ist, der Beklagte hätte sofort nach Ankunft der Ware in Bern am 5. Dezember 1904 deren Beschaffenheit prüfen und allfällige Mängel derselben rügen sollen, hält Beklagter dafür, er sei berechtigt gewesen, am 5. Dezember die Annahme der Ware ohne Prüfung derselben unter Hinweis darauf zu verweigern, dass sie zu früh geliefert worden sei, und die Untersuchungs- und Rügefrist habe für ihn erst am 10. Dezember begonnen, nachdem sich die Parteien über die Modalitäten geeinigt hätten, unter denen er sich zur sofortigen Annahme der Ware verstand.

Gemäss Art. 246 OR hat der Käufer, sobald dies nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist, die Beschaffenheit

der empfangenen Sache zu prüfen. Dabei ist unter Empfangnahme das tatsächliche Ansichnehmen des Kaufgegenstandes zu verstehen, der Vorgang, der dem Käufer die Möglichkeit gewährt, über die Sache tatsächlich zu verfügen und deren Beschaffenheit zu prüfen (vgl. BGE **26** II S. 793; **17** Nr. 47 Erw. 4). Weigert sich der Käufer — selbst ohne stichhaltigen Grund — die Kaufsache an sich zu nehmen, so muss, damit die Unterlassung der Untersuchungs- bezw. Rügepflicht seitens des Käufers das Genehmigungspräjudiz nach sich ziehe, der Käufer jedenfalls die Möglichkeit gehabt haben, sich durch streng einseitigen Akt den Gewahrsam der Kaufsache zu verschaffen, um dieselbe zu untersuchen. Diese Möglichkeit hatte vorliegend der Käufer nach den einschlägigen Bestimmungen des eidgenössischen Transportreglementes vom 11. Dezember 1893 erst, als durch die Aufgabe seiner Weigerung, die Ware anzunehmen, das Ablieferungshindernis, das bis dahin gemäss § 78 des Transportreglements bestanden hatte, weggefallen war. Die Untersuchungs- und Rügepflicht ist daher jedenfalls erst seit diesem Zeitpunkt existent geworden.

(Zeitschr. d. Bern. J.-V., XLV S. 138 f.)

---

51. *Mietvertrag. Pflicht des Mieters zum Gebrauch des Mietobjekts bis zum vollständigen Ablaufe der Mietzeit.*

Luzern. Urteil des Obergerichts vom 23. Juli 1907.

F. H. war seit 1883 Mieter der Bäckerei des H. M. in G. Im Jahre 1904 erbaute er eine eigene Bäckerei am gleichen Orte, kündigte den Mietvertrag auf 15. September, hörte schon im Juni mit der Bäckerei und dem Mehlverkauf im gemieteten Hause auf und betrieb beides in dem nahegelegenen Neubau. In dem unbenutzten Stehenlassen seiner Lokalitäten erblickte M. einen Vertragsbruch und klagte auf Schadenersatz von Fr. 2000. Die erste Instanz wies die Forderung ab, das Obergericht sprach dem Kläger 100 Fr. zu.

In der Motivierung wird zunächst unter Berufung auf bundesger. Entscheid. Bd. 28 II Nr. 28 ausgeführt, dass es Verhältnisse gebe, wo der Gebrauch des Mietgegenstandes zur Pflicht des Mieters werde. Ein solches Verhältnis, heisst es dann weiter, liege hier vor: „Es liegt in der Natur der Sache, dass da, wo ein solches Gewerbe Jahrzehnte hindurch in einem bestimmten Hause betrieben wird, wenigstens ein Teil der Kunden sich so eng mit dem Lokal verbindet, dass er diesem auch bei einem Wechsel in der Person des Inhabers

treu bleibt, so dass eine Unterbrechung des Geschäftsbetriebs schädigend für die Lokalität selber wirken muss. Diese Konsequenz seines Vorgehens konnte und musste sich der Beklagte vorstellen; ja es liegt nahe, dass der Beklagte durch die Einstellung des Betriebs im klägerischen Hause dafür sorgen wollte, dass sämtliche bisherige Kunden ihm in sein neues Geschäftslokal zu folgen genötigt wären . . . Es liegt sonach ein schuldhaftes vertragswidriges Verhalten des Beklagten vor.“

Bezüglich der Höhe der Entschädigung zog das Gericht u. a. in Erwägung, dass der Beklagte den Grossteil der Kunden selbst schon früher erworben und nach dem Hause des Klägers gebracht habe, der Schaden des letztern also nur ein geringfügiger sei und lediglich in dem Entzuge eines kleinen Kreises von Kunden, die ohne die Einstellung des Bäckereibetriebes im klägerischen Hause dem Nachfolger des Beklagten voraussichtlich erhalten geblieben wären, gefunden werden könne, somit nur eine minime, vorübergehende Entwertung der Bäckerei die Folge sei.

(Verhandlungen des Obergerichts und der Justizkommission von 1907, S. 85 ff.)

---

52. *Nom patronymique sur une enseigne; acte illicite ou préjudiciable aux porteurs du même nom? Art. 867 ss. CO.*

Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 19 décembre 1908 d. l. c. P. et Ch. Ackermann c. Gay.

Gay tient une brasserie à Genève connue et désignée sous le nom de „Brasserie Ackermann“ depuis un grand nombre d'années. Le fondateur de la brasserie, J.-L. Ackermann, a autorisé son successeur et les divers propriétaires successifs de la brasserie à faire usage de cette dénomination. Les fils Ackermann eux-mêmes ont autorisé l'usage de ce nom dans l'enseigne de Gay qui, de 1898 à 1905, a appelé son établissement „Ancienne Brasserie Ackermann“. Par exploit du 31 octobre 1907, Paul et Charles Ackermann ont assigné Gay pour s'ouïr ordonner de supprimer sur son enseigne le nom de Ackermann; ils déclarent qu'il ne s'agit point d'une action en concurrence déloyale — ils ne tiennent pas une brasserie ni un commerce similaire — mais d'une action contre l'usage indû d'un nom de famille. — Les deux instances ont débouté les demandeurs de leur demande, la Cour en déclarant:

La dénonciation „Ancienne Brasserie Ackermann“ ne fait pas partie de la raison de commerce de J. Gay. Néanmoins, ainsi que le Tribunal fédéral l'a jugé dans l'arrêt Dussaix c.

Chazal, du 25 mars 1898, on peut par analogie appliquer les principes des art. 867 ss. du CO.

. . . .

Il serait contraire aux usages du commerce de permettre à un établissement d'acquérir une certaine notoriété sous une enseigne donnée, et ce avec l'assentiment du premier propriétaire, et de lui enlever, plusieurs années après, sans motif plausible, le bénéfice de cette enseigne connue de la clientèle.

En conséquence, les actes reprochés à Gay ne constituent pas un acte illicite, un usage abusif du nom d'autrui, et les conclusions des appelants ne sont pas fondées.

Au surplus, les appelants n'allèguent pas avoir souffert un préjudice matériel ou moral quelconque, du fait de l'usage du nom de Ackermann sous la dénomination „Ancienne Brasserie Ackermann.“ (La Semaine judiciaire, XXXI p. 234 ss.)

---

53. *Art. 43 Abs. 2 B.-Ges. über Zivilstand und Ehe, vom 24. Dezember 1874 begründet für Schweizer, die im Auslande wohnen, keinen ausschliesslichen Gerichtsstand in Ehescheidungssachen vor dem Richter ihrer Heimat oder ihres letzten schweizerischen Wohnsitzes. — Französisch-schweizerischer Gerichtsstandsvertrag, vom 15. Juni 1869.*

Zürich. Urteil der I. App.-Kammer vom 1. Oktober 1908.

Die Eheleute B., von denen der Ehemann Bürger des Kantons Zürich, die Ehefrau geborene Französin ist, verehelichten sich im Jahr 1897 in Frankreich. In den Jahren 1901—1902 wohnten sie in Zürich, von da an aber in Constantine (Algier), wo der Ehemann eine Anstellung hatte. Im Herbst 1906 trennte sich die Ehefrau von ihrem Manne und reichte beim Zivilgerichte ihres Wohnorts (Constantine) Scheidungsklage gegen denselben ein. Das Gericht erklärte sich jedoch zu deren Behandlung als inkompetent, „auf Grund der schweizerischen Nationalität der Ehegatten und in Anwendung des französisch-schweizerischen Gerichtsstandsvertrages vom 15. Juni 1869“; immerhin wurden von ihm provisorische Massregeln mit Bezug auf das Getrenntleben der Ehegatten für die Dauer eines Jahres getroffen. Gegen diesen Entscheid appellierte die Klägerin an das Appellationsgericht von Algier. — Inzwischen hatte der Ehemann B. gegen seine Frau in Zürich, als dem letzten schweizerischen Wohnort, Scheidungsklage eingeleitet. Die Beklagte erhob hiegegen vor Gericht die Einrede der Inkompetenz, gestützt auf den vor den fran-

zösischen Gerichten anhängigen Scheidungsprozess. — Das Gericht beschloss, auf die Klage werde zurzeit nicht eingetreten, bis die algerischen Gerichte den bei ihnen pendenten Scheidungsprozess erledigt, bezw. über die Frage der Kompetenz endgültig entschieden haben. Der Rekurs des Ehemanns B. gegen diesen Beschluss wurde abgewiesen, mit folgender

Begründung: 1. Die Vorinstanz begründet ihren Entscheid damit, es könne dahingestellt bleiben, ob das Gericht in Constantine — bei welchem die Beklagte Scheidungsklage erhoben — zu deren Behandlung zuständig sei; jedenfalls stehe der vorwürfigen Klage die Einrede der Litispendenz entgegen, solange die algerischen Gerichte über die bei ihnen anhängige Klage bezw. ihre Zuständigkeit zu deren Behandlung nicht entschieden haben; die herwärtige Klage sei deshalb verfrüht. Demgegenüber macht der Rekurrent mit Recht geltend, dass die Einrede der Streithängigkeit zur Voraussetzung habe, dass der Streit bei einem hiezu kompetenten Gerichte anhängig sei, dessen Kompetenz auch von den inländischen Gerichten anerkannt werde und dessen Urteil daher im Inlande der Vollstreckung fähig sei (vergl. Wach, Handb. d. D. Zivilprozessrechts I S. 246 f. und Gaupp-Stein ZPO zu § 263 II Abs. 5). Der Rekurrent behauptet nun aber zu Unrecht, dass es an dieser Voraussetzung im vorliegenden Falle deshalb fehle, weil der Art. 43 Abs. 2 des ZEG für Scheidungsklagen von Schweizern im Auslande einen ausschliesslichen Gerichtsstand — am Heimatsort oder letzten schweizerischen Wohnort des Ehemannes — bestimme. (Die Haager Uebereinkunft betreffend Ehescheidung kommt hier nicht zur Anwendung, da sie ihre Anwendbarkeit in Art. 10 auf die europäischen Gebiete der Vertragsstaaten beschränkt.)

Nun ist allerdings richtig, dass die frühere Praxis des Bundesrates (der sich auch die zürcherische Rechtsprechung anschloss, vergl. z. B. HE **14** S. 165) dahin ging, der Bestimmung des Art. 43 Abs. 2 ZEG den Charakter eines ausschliesslichen Gerichtsstandes (für Schweizer im Auslande) zuzuschreiben (vergl. v. Salis BR 2. Aufl. Bd IV Nr. 1573), obschon die Richtigkeit dieser Ansicht schon früher in Theorie und Praxis bestritten war (vergl. bes. v. Salis in Z. f. schw. R. NF Bd VIII S. 45 ff. und Urteil des Basler Zivilgerichts, Revue d. Ger.-Pr. Bd X Nr. 28). In neuerer Zeit hat aber der Bundesrat — gestützt auf ein Gutachen des Bundesgerichts — seine Praxis geändert und sich für die Anerkennung auch des ausländischen Gerichtsstandes des Wohnortes der Ehegatten ausgesprochen

(vgl. Geschäftsber. des Justizdep. v. J. 1906 Bbl. 1907 I S. 542 Nr. 25 und das offizielle Handb. f. Zivilstandsbeamte, Nachtrag z. Nr. 213 S. 197), und es haben sich auch die kantonalen Gerichte, speziell Bern und Zürich, dieser neuern Auffassung angeschlossen (vergl. Urteil des bern. OG v. 4. April 1908 in Schweizer. Jur.-Ztg. Bd IV S. 343 und Urteil der I. App.-K. des zürcher. OG v. 9. Sept. 1908 i. S. Ehel. F.). Danach muss auch im vorliegenden Falle davon ausgegangen werden, dass die Kompetenz des Gerichtes von Constantine, als des Wohnorts der Eheleute B., durch die hierseitige Gesetzgebung nicht ausgeschlossen wird und dass daher ein dort erlassenes Scheidungsurteil nicht von vornherein (gemäss § 752 G. b. Rpfl.) als hierorts nicht vollstreckungsfähig erklärt werden kann.

Dieser Auffassung steht auch nicht etwa der Staatsvertrag mit Frankreich betreffend Gerichtsstand und Vollziehung vom Jahr 1869 entgegen, da derselbe über die Behandlung von Ehescheidungsklagen keine Bestimmungen enthält und sich überhaupt nicht auf solche bezieht (vergl. Roguin, Conflits des lois suisses p. 113 ff., Gruebler, Vollstreckung ausl. Zivilurteile S. 40 und ZR V Nr. 185, Erw. 1 i. f.). Die französischen Gerichte scheinen allerdings bisher hieraus die Unzulässigkeit der Anhandnahme von Scheidungsklagen schweizerischer Ehegatten gefolgert zu haben; da aber gerade im vorliegenden Fall diese Frage von ihnen neuerdings zu prüfen und zu entscheiden sein wird — infolge der von der Beklagten gegen den Inkompetenzentscheid des Gerichtes von Constantine erklärten Appellation — so muss eben dieser Entscheid abgewartet werden. Bis dahin besteht die Streithängigkeit und wird der hierorts eingeleiteten Scheidungsklage von der Beklagten mit Recht die Einrede der Litispendenz entgegengehalten. Der Rekurs ist demnach abzuweisen.

(Blätter f. zürch. Rechtsprechung, VII S. 361 f.)

---

54. *Art 288 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889. Erkennbarkeit der Begünstigungsabsicht des Schuldners. Nichtübereinstimmung des deutschen und des französischen Gesetzestextes.*

St. Gallen. Urteil des Kantonsgerichts vom 3. November 1908.

Ueber die Frage der Begünstigungsabsicht des Schuldners und die oft nicht leicht zu beantwortende Frage der Erkennbarkeit dieser Absicht durch den begünstigten Gläubiger hat sich das Kantonsgericht sowohl grundsätzlich, als auch mit Bezugnahme auf einzelne Tatbestände und Einreden, die häufig

vom beklagten Gläubiger zur Entkräftung der Anfechtungsklage geltend gemacht werden, ausgesprochen wie folgt:

Zu prüfen ist sonach, ob der Schuldner die Absicht gehabt habe, den Gläubiger zu bevorzugen, und ob diese Absicht dem Gläubiger bekannt gewesen sei. Nun kann offenbar der Schuldner selbst die Absicht der Begünstigung des Beklagten nicht mit Grund verneinen, da er bei seiner schlechten Vermögenslage mit dem finanziellen Zusammenbruch rechnen musste, als einem möglichen und keineswegs fern abliegenden Ereignis; für den Eintritt dieses Falles war daher die Bevorzugung des Beklagten als normale Folge der Zahlung vorauszusehen. Aber auch auf Seite des Gläubigers ist das Requisit des Art. 288 Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz gegeben. Erfordert ist im Gesetze, dass dem Empfänger die Absicht der Begünstigung erkennbar gemacht sei. Nun bezeichnet das Wort „erkennbar" gemäss allgemeiner Sprachregel den Gegensatz zu dem, was wirklich erkannt worden ist; auch das, was erkannt werden kann, aber nicht erkannt worden ist, ist erkennbar. Dementsprechend ist denn auch in der Gerichtspraxis die Benachteiligungs- oder Begünstigungsabsicht stets dann als erkennbar bezeichnet worden, wenn sie vom Destinatär der Leistung bei Anwendung der durch die konkreten Verhältnisse gebotenen Aufmerksamkeit erkannt werden konnte (vergl. BG 30 II S. 164 f.). Gegenüber dieser Auffassung ist die aus dem französischen Texte abgeleitete Interpretation, als ob eigentliche Konnivenz, d. h. absichtliches Zusammenwirken im Sinne der Begünstigung, Voraussetzung der Anwendung des Art. 288 SchKG wäre, abzulehnen. Der französische Text, der von connivence des Begünstigten spricht, steht mit seinem Wortlaute im Widerspruch zu dem deutschen und zum italienischen Text; bei diesem Widerspruch ist aber auf den deutschen Text abzustellen, einmal nach der allgemeinen Interpretationsregel, dass im Zweifel der weitere Text vorgeht, und sodann nach den speziellen Verumständungen, wonach der deutsche Text als der Grundtext und der französische Text als die — hier fehlerhafte — Uebersetzung erscheint (BG 32 II S. 173 E. 4).

(Entsch. d. Kantonsgerichts St. Gallen i. J. 1908 S. 26 f.)

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

55. *Berufung an das Bundesgericht, Voraussetzungen: Streitwert. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 59 und 54 Abs. 2. Wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen. Bei Klage auf Leistung einer Mietzinsrate bestimmt sich der Streitwert nach dem Betrage dieser Rate.*

Der Kläger G. verlangte Aberkennung einer Forderung des Beklagten B. im Betrage von Fr. 537.50 (nebst Verzugszins und Betreibungskosten) als dem Mietzins für die Zeit von 1. Mai bis 15. Juni 1908 für das vom Kläger gemäss Mietvertrag mit dem Beklagten vom 21. August 1906 auf die Dauer von sechs Jahren (15. März 1907 bis 15. März 1913) um einen Jahreszins von Fr. 4,300.— gemietete Geschäftsmagazin.

Nach Abweisung der Klage durch die kantonale letzte Instanz gelangte er an das Bundesgericht als Berufungsinstanz. Dieses ist jedoch auf die Berufung nicht eingetreten, mit der Begründung:

Die Bestimmung des Art. 54 Abs. 2 OG, wonach zur Ermittlung des Streitwertes für die bundesgerichtliche Instanz als Wert „wiederkehrender Nutzungen oder Leistungen der mutmassliche Kapitalwert anzunehmen" ist, trifft hier nicht zu. Sie beschlägt, wie die bundesrätliche Botschaft zum OG, vom 5. April 1892, übereinstimmend mit den Motiven des Hafnerschen Vorentwurfes ausdrücklich betont (BBl 1892 II S. 306; vergl. dazu Th. Weiss, Berufung S. 59), „nur den Fall, wo „nicht bloss die einzelne Leistung oder Nutzung, sondern das „Forderungsrecht im ganzen streitig ist". Den Gegenstand der vorliegenden Klage aber bildet nicht das Recht der Beklagten aus dem Mietvertrag der Parteien bis zu dessen normalem Ablauf als solches, das allerdings auf den Gesamtbetrag aller vertragsgemäss noch ausstehenden Mietzinsraten zu bewerten wäre, sondern, nach der unzweideutigen Formulierung des

Klagebegehrens, vielmehr nur der Anspruch des Beklagten auf die einzelne Mietzinsrate für die Zeit vom 1. Mai bis 15. Juni 1908. Der Streitwert entspricht deshalb hier nach der Regel des Art. 53 OG einfach dieser Mietzinsrate von Fr. 537.50 und erreicht somit den gesetzlichen Mindestbetrag des Berufungsstreitwertes von Fr. 2,000.— (Art. 59 OG) nicht. (Entsch. vom 21. Mai 1909 i. S. Goldschmidt c. Bär.)

---

56. *OR Art. 50 ff. Illoyale Konkurrenz. Ist die Bezeichnung „The French School of Languages" eine illoyale Konkurrenz gegenüber der Bezeichnung „The Berlitz School of Languages"? — Angebliche illoyale Konkurrenz durch täuschende Prospekte und Zirkulare, durch unwahre Angaben über die unterrichtenden Professoren, durch Abspenstigmachen von Professoren.*

B., der in Genf eine Schule für lebende Sprachen betreibt unter dem Titel „The Berlitz School of Languages" — eine Filiale der Aktiengesellschaft der Berlitzschulen — erhob gegen J. Klage, weil dieser in Lausanne eine Schule unter der Bezeichnung „The French School of Languages" eröffnete. Der Kläger erblickte in dieser Bezeichnung und in verschiedenen von dem Beklagten angeblich begangenen Handlungen — s. oben — eine illoyale Konkurrenz.

Sowohl die Genfer Gerichte als auch in letzter Instanz das Bundesgericht haben die Klage abgewiesen.

Begründung des bundesgerichtlichen Urteils:

1. La seule question à examiner en l'espèce est celle de savoir si l'on est en présence d'une concurrence déloyale, c'est-à-dire si les art. 50 ct. suiv. CO peuvent trouver leur application ici.

Il ne s'agit pas, en effet, du droit d'utiliser la dénomination incriminée „The French School of Languages" comme marque de commerce, et cette dénomination ne constitue pas davantage une raison commerciale; elle apparaît, tout au plus, comme une épithète explicative jointe à une telle raison.

Le demandeur soutient en première ligne que le défendeur a cherché à amener la confusion entre les deux écoles en copiant, sauf un mot, le nom commercial de l'école Berlitz, en imitant son enseigne, ses règlements, annonces et prospectus.

La qualité du demandeur pour agir est incontestable. Le fait qu'il ne s'appelle pas Berlitz ne s'oppose nullement à sa

légitimation. En effet, il ne s'agit pas ici de la protection du nom comme nom propre du détenteur de l'institution, mais de sa protection comme désignation originale d'un commerce. A cet égard, il importe peu que ce nom soit celui du directeur ou propriétaire de l'établissement, celui d'un tiers ou un nom de pure fantaisie.

Cette protection contre la concurrence déloyale doit aussi s'étendre aux entreprises qui n'appartiennent pas au commerce et à l'industrie proprement dits. Une école est exposée à la concurrence tout comme les entreprises industrielles et commerciales et elle a, tout autant que ces entreprises, besoin de la protection de la loi contre les manoeuvres déloyales d'établissements similaires.

2. Le nom commercial du demandeur consiste dans le nom de Berlitz, celui du fondateur de ces écoles, suivi de la désignation, en anglais, de l'institution comme une école de langues „School of Languages". Cette dernière appellation constitue évidemment une désignation générique, voire une désignation générique nécessaire de l'établissement. Il est impossible de désigner une école de langues d'une façon plus adéquate qu'en l'appelant précisément école de langues.

Alors même qu'on voudrait admettre avec Pouillet (marques de fabrique n° 697) que le juge doit être moins rigoureux lorsqu'il s'agit d'enseigne, du simple nom commercial, que lorsqu'il s'agit de marque, le danger de la constitution d'un monopole au profit du titulaire étant moins grand, et, d'autre part, la différenciation des marques étant plus facile, il faut néanmoins remarquer, comme le fait du reste Pouillet luimême, qu'il y a des désignations — les désignations professionnelles, par exemple, celles qui indiquent le genre de commerce ou d'industrie — qui ne peuvent faire l'objet d'aucun droit exclusif. Or, en l'espèce il s'agit sans aucun doute d'une telle dénomination. Les nombreux exemples que le demandeur a tirés de la jurisprudence citée par Pouillet, n° 462—466, ne sont pas topiques. Dans tous ces cas, il s'agit non de la désignation habituelle ou même nécessaire de l'entreprise, mais de dénominations empruntées, il est vrai, au genre de commerce ou d'industrie exploité, que le public intéressé ne peut cependant considérer comme l'appellation courante et nécessaire de ces établissements. Ainsi que le Tribunal fédéral l'a jugé dans la cause: Basler Droschkenanstalt c. Allgemeine Droschkenanstalt (RO **23** II, pag. 1815), ce sont les circonstances et habitudes locales qui importent, c'est-à-dire le sens relatif de l'expression et non le sens que l'on donne à ce

mot habituellement dans la langue. En ce qui concerne le nom d'„école de langues", ni l'usage de la langue ni les circonstances locales, telles qu'elles ressortent des faits établis par l'instance cantonale, ne permettent d'en attribuer la propriété privative à un individu.

Le demandeur insiste particulièrement sur le fait que l'emploi de la langue anglaise enlèverait au titre de l'établissement le caractère de désignation générique. Cette assertion n'est pas fondée. Il est vrai qu'un mot servant dans la langue étrangère à désigner un établissement commercial ou industriel d'un genre particulier, peut être considéré, dans un autre pays et suivant les circonstances, comme une dénomination de fantaisie susceptible de propriété exclusive.

Ou bien il s'agira d'un nom emprunté à une langue étrangère totalement inconnue dans le pays, ou bien le mot étranger se sera transformé en une désignation de fantaisie (ainsi les mots Lloyd, Tattersal). En l'espèce, ni l'une ni l'autre conditions ne sont réalisées. La connaissance de la langue anglaise est si répandue dans le public auquel les parties s'adressent que le rapport de la dénomination de „School of Languages" avec la nature de l'institution qu'elle désigne lui est parfaitement familier.

La jurisprudence concernant la protection du nom Berlitz School, citée par le demandeur, est aussi tout entière dans ce sens et c'est à tort qu'il l'invoque.

Elle ne protège que le mot „Berlitz", la partie caractéristique de l'appellation, et excepte de l'interdiction qu'elle prononce les mots „School of Languages" (Sic, Tribunal de la Seine: 7 avril 1898 et 6 novembre 1899; Landesgericht Nürnberg, 13 juillet 1905; Oberlandesgericht Köln, 14 mars 1908).

Du reste, le demandeur lui-même et les autres détenteurs d'écoles Berlitz reconnaissent implicitement que les mots „School of Languages" ne méritent pas une protection spéciale en introduisant dans la désignation de leur établissement le nom du fondateur de la méthode d'enseignement, comme sous le nom de „Méthode Berlitz".

Si donc, d'une façon générale, on ne peut dire qu'il suffit à un concurrent de changer un mot d'une enseigne d'un concurrent pour se mettre à couvert de poursuites, il faut cependant admettre qu'en laissant de côté le seul mot caractéristique de l'enseigne du demandeur et en n'en prenant que la désignation générique de „School of Languages", le défendeur est à l'abri du reproche de concurrence deloyale.

Le fait que de nombreuses confusions entre les deux écoles se sont produites ne suffit pas, à lui seul, pour justifier l'application des art. 50 et suiv. CO; il faut encore que le dommage résultant des agissements du concurrent soit dû à un acte illicite de ce concurrent, portant atteinte à un droit individuel du lésé.

3. Le recourant invoque en seconde ligne l'imitation de ses annonces et prospectus. Mais ni la forme ni le contenu des annonces et prospectus du demandeur ne présentent aucune originalité qui pourrait les différencier des publications d'institutions similaires. D'ailleurs il est impossible d'éviter des ressemblances dans la réclame d'institutions du même genre. Chacun veut indiquer sous une forme concise ce qui est caractéristique et essentiel pour son entreprise, et par la force même des choses les résultats obtenus sont semblables.

4. En troisième ligne, le demandeur invoque à l'appui de son action le fait que le défendeur n'aurait pas craint d'employer des allégations mensongères pour obtenir la supériorité sur la „Berlitz School“. Et le recourant met au défi l'intimé de fournir les diplômes de ses professeurs et de prouver que les langues ne sont enseignées que par des professeurs nationaux, ainsi que ses publications le proclament. Mais la Cour de Justice a établi en fait que l'inexactitude des indications relatives à la nationalité et aux diplômes des professeurs qui enseignaient à l'école du défendeur, n'a pas été prouvée par le demandeur. Cette question de la preuve rentrant dans le cadre de la procédure cantonale, est du ressort exclusif des juges cantonaux.

5. Le recourant s'appuie enfin sur le fait que le défendeur aurait détourné à son profit le personnel de lui demandeur et aurait utilisé les renseignements que les anciens employés de l'école Berlitz pouvaient lui fournir sur la clientèle.

Ici encore la demande est dénuée de fondement. Il n'y a pas de faits que l'on puisse mettre à la charge du défendeur comme manœuvres déloyales, ainsi on ne saurait trouver quelque chose de répréhensible dans le fait par le défendeur d'avoir engagé d'anciens professeurs de l'école Berlitz, du moment qu'il ne savait pas que ces professeurs étaient liés vis-à-vis du demandeur par une interdiction de concurrence. Alors même que le recourant pourrait rapporter la preuve que ses anciens employés ont fourni à J. sur sa clientèle des renseignements qu'il n'aurait pu obtenir autrement, il ne suivrait pas de là que le défendeur s'est rendu coupable

d'actes de concurrence déloyale. Le Tribunal fédéral a jugé à plusieurs reprises (Cf. RO **23** 1 pag. 205 et 25, 2, pag. 528) que l'employé qui quitte son patron „reprend sa liberté et „peut, sauf engagement contraire, utiliser à son profit ou „communiquer à des tiers les secrets de commerce ou de „fabrication que son service lui a fait connaître . . . . à la con-„dition que la connaissance du secret ait été acquise d'une „manière licite." Cette circonstance est réalisée en l'espèce, puisqu'il n'est pas établi que le défendeur connaissait les liens existant entre le demandeur et ses anciens professeurs, ni qu'il ait usé de moyens illicites pour apprendre les noms des élèves fréquentant l'école Berlitz. D'autre part, il n'a même pas été allégué que ces professeurs se soient procuré, d'une façon illicite, des listes secrètes d'élèves du demandeur. (Entsch. vom 1. April 1909 i. S. Bitzel c. Jacquet.)

---

57. *OR Art. 50 ff. Illoyale Konkurrenz. Unbefugte Weiterführung des Wirtschaftsnamens „zum Franziskaner" nach Aufgabe des Ausschankes von (Münchner) „Franziskaner-Bräu"? Tatsächliche Feststellungen über die Auffassung dieser Bezeichnung beim Publikum. Täuschungsabsicht.*

Im Jahre 1887 eröffnete ein A. Baumann in dem hiezu erworbenen Hause, Niederdorfstrasse Nr. 1 in Zürich, das bis dazumal „zum roten Kameel" geheissen haben soll, eine Bierwirtschaft unter dem Namen „zum Franziskaner". Die Wirtschaft ging im Jahre 1898 mit diesem Namen aus zweiter Hand in den Besitz des Beklagten R. über, welcher sie seither — mit der Geschäftseintragung im Handelsregister: „A. Riby-Widmer, Restaurant zum Franziskaner" — ununterbrochen betreibt. Seit ihrer Eröffnung wurde darin stets das Bier aus der Brauerei des Klägers Sedlmayr, „zum Franziskanerkeller (Leistbräu) München", ausgeschenkt, bis der Beklagte anfangs 1907 den Bezug dieses Bieres aufgab und dafür den Ausschank des Münchner Hackerbräus einführte. Am 25. März 1907 liess der Kläger beim eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum in Bern die Wortmarke „Franziskaner" eintragen für Bier und eine grössere Anzahl im Brauerei- und Wirtschaftsbetriebe verwendeter Stoffe und Produkte. In der Folge beanstandete er die Benützung der Bezeichnung „Franziskaner" seitens des Beklagten und erhob im Juli 1908 beim zürcherischen Handelsgericht Klage mit dem Rechtsbegehren, der Beklagte sei zu verpflichten, in seiner Firma die Worte

„zum Franziskaner“ wegzulassen, die Schilder und andere Gegenstände mit diesen Worten zu entfernen und sich überhaupt des Gebrauchs dieser Worte in seinem gesamten Geschäftsbetriebe zu enthalten. Diese Klage ist, wie erstinstanzlich vom Handelsgerichte des Kantons Zürich, so letztinstanzlich vom Bundesgericht abgewiesen worden, von letzterem mit folgender Begründung:

2. Der Kläger vertritt zur Begründung dieses Begehrens, welches auf die Feststellung gerichtet ist, dass der Beklagte verpflichtet sei, jeden Gebrauch des Wortes „Franziskaner“ in seinem Geschäftsbetriebe zu unterlassen, den Standpunkt, die Wirtschaft des Beklagten habe, wie sich ihr Begründer Baumann seinerzeit vollkommen bewusst gewesen sei, die Bezeichnung „zum Franziskaner“ nur annehmen dürfen, weil darin des Klägers „Franziskaner Bier“ ausgeschenkt worden sei, und mit dessen Aufgabe und Ersetzung durch ein anderes Bier habe der Beklagte die Berechtigung zur Weiterführung jener Bezeichnung „ganz selbstverständlich“ verloren. Dabei hat der Kläger sich ursprünglich einerseits auf Art. 876 Abs. 2 OR, und anderseits auf das aus den Art. 50 ff. OR abgeleitete Verbot der illoyalen Konkurrenz berufen. Er hat jedoch das erstere Argument heute nicht mehr geltend gemacht — offenbar mit Recht; denn der dem Namen des Beklagten im Handelsregistereintrag beigefügte Zusatz „Restaurant zum Franziskaner“ bildet, wie die Vorinstanz richtig einwendet, überhaupt keinen Bestandteil der Firma jenes und kann schon deswegen aus dem Gesichtspunkte des unbefugten Firmengebrauchs im Sinne des Art. 876 Abs. 2 OR nicht angefochten werden (vergl. AS **20** Nr. 142, Erw. 3 S. 904). Weiterer Erörterung bedarf somit nur die Frage der illoyalen Konkurrenz. Der Klage aus Art. 50 ff. OR hält der Beklagte zu Unrecht die Einrede der Verjährung entgegen, abgeleitet aus der Tatsache, dass die Klageerhebung nicht innert Jahresfrist (Art. 69 OR) seit Beginn der angeblich widerrechtlichen Weiterführung des Wirtschaftsnamens „zum Franziskaner“ erfolgt sei. Denn bei diesem als widerrechtlich angefochtenen Tatbestande handelt es sich nicht um ein mit seinem Eintritt abgeschlossenes Ereignis, sondern vielmehr um einen immer noch fortdauernden Zustand, welchem gegenüber das Anfechtungsrecht sich stets erneuert. Dagegen muss diese Klage wegen illoyaler Konkurrenz mit der Vorinstanz als sachlich unbegründet abgewiesen werden. Die ihr zu Grunde liegende Argumentation des Klägers geht wesentlich dahin: Durch die streitige Bezeichnung der Wirtschaft des Beklagten werde beim Publikum

die nun nicht mehr zutreffende Annahme erweckt, jener schenke das Bier der Brauerei des Klägers „zum Franziskanerkeller“ aus, das der Kläger unter dem Namen „Franziskanerbier“, entsprechend seiner eingetragenen Wortmarke „Franziskaner“, überall, namentlich auch in Zürich, gut eingeführt habe. Der Beklagte beute also den guten Ruf dieses „Franziskanerbiers“ durch Täuschung des Publikums für ein anderes Fabrikat aus. Ueberdies verunmögliche die Verwendung der Wirtschaftsbezeichnung „zum Franziskaner“ seitens des Beklagten dem Kläger, seinerseits unter dieser, seinem Bier zustehenden Bezeichnung in Zürich eine Wirtschaft zu eröffnen. Dieser Argumentation in ihrem ersten Teile ist die Vorinstanz mit der Ausführung entgegengetreten, die Möglichkeit der behaupteten Täuschung des Publikums bestehe nicht: In Zürich verbinde durchaus nicht jedermann mit dem Worte „Franziskaner“ ohne weiteres die Vorstellung eines ganz bestimmten Bieres, nämlich desjenigen aus der Brauerei des Klägers, und es könne daher die Lokalbezeichnung „zum Franziskaner“ in dieser Stadt keineswegs allgemein (wie anders nach dem vom Kläger in einem gleichartigen Prozesse erwirkten und hier vorgelegten Urteile des Landgerichts Bonn, vom April 1907, in der dortigen Gegend) zu dem Schlusse verleiten, dass in dem Lokal das spezielle „Franziskanerbier“ ausgeschenkt werde. Zudem würde, wer etwa doch in dieser Annahme und mit dem besondern Wunsche, nicht überhaupt „Münchnerbier“, sondern gerade das Bier des Klägers zu konsumieren, die Wirtschaft des Beklagten betreten sollte, durch die darin vorschriftsgemäss angebrachten Bezeichnungen des wirklich ausgeschenkten Biers in genügender Weise aufgeklärt. Diese Erwägung des kantonalen Gerichts ist in keiner Hinsicht zu beanstanden. Es handelt sich dabei um eine auf wesentlich tatsächlicher Grundlage beruhende Schlussfolgerung, die in dieser tatsächlichen Beziehung — insbesondere was die Feststellung über die Auffassung des Zürcher Publikums von der Wirtschaftsbezeichnung „zum Franziskaner“ betrifft —, weil aus persönlicher Lebenserfahrung und Kenntnis der Gerichtsmitglieder geschöpft, ohne irgendwie gegen den positiven Inhalt der Akten zu verstossen, für die Berufungsinstanz verbindlich ist und im übrigen, in ihrer Schlüssigkeit, ohne weiteres einleuchtet. Bei dieser Sachlage nun erscheint der Umstand, dass der Name „zum Franziskaner“ für die Wirtschaft des Beklagten seinerzeit, bei ihrer Gründung, allerdings höchst wahrscheinlich mit Rücksicht auf ihren Ausschank des vom Kläger gebrauten Biers gewählt worden ist, als unerheb-

lich. Denn der Kläger behauptet nicht etwa, dass er sich damals gegenüber dieser Namensführung irgendwelche besondere Rechte gewahrt habe, und dass der Name nur unter Vorbehalt dieser besonderen Rechte dem Beklagten mit der Wirtschaft übertragen worden sei. Er stützt vielmehr seinen Anspruch, dem Beklagten die weitere Verwendung des Wirtschaftsnamens „zum Franziskaner“ wegen der Aufgabe jenes Bierausschanks zu verbieten, lediglich auf das ihm allgemein, jedermann gegenüber, zustehende Individualrecht des Schutzes gegen illoyale Konkurrenz. Von den Voraussetzungen einer Verletzung dieses Rechts nach Massgabe der Art. 50 ff. OR fehlt aber nach dem Gesagten — da die Verwendung der streitigen Wirtschaftsbezeichnung seitens des Beklagten, wie festgestellt, keine Täuschung des Publikums im Sinne der Argumentation des Klägers bewirkt — schon das objektive Moment einer widerrechtlichen Handlung: der gegen Treu und Glauben im Verkehr verstossenden Benutzung eines fremden Konkurrenzmittels. Ueberdies trifft auch das zugehörige subjektive Erfordernis eines relevanten Verschuldens des Beklagten: hier der absichtlichen Täuschung des Publikums über die Herkunft des von ihm ausgeschenkten Biers, nicht zu. Von einer solchen Täuschungsabsicht kann nämlich angesichts der unbestrittenen Tatsache, dass der Beklagte das von ihm ausgeschenkte Bier überall vorschriftsgemäss mit seinem richtigen Namen bezeichnet und nicht etwa die eingetragene Wortmarke „Franziskaner“ des Klägers als täuschende Warenbezeichnung verwendet, schlechterdings nicht die Rede sein. Vielmehr erscheint danach die Behauptung des Beklagten, dass er den Wirtschaftsnamen „zum Franziskaner“ lediglich als alteingeführte und dem Publikum bekannte Lokalbezeichnung beibehalten habe, als durchaus glaubwürdig. Der Kläger hat denn auch keinerlei Momente namhaft gemacht, aus denen zu schliessen wäre, dass der Beklagte überhaupt ein Interesse daran gehabt hätte, eine auf das bisher ausgeschenkte Bier des Klägers hindeutende Bezeichnung nach der Aufgabe dieses Biers, an Stelle der richtigen Benennung des neuen Biers, beizubehalten. Er hat in dieser Hinsicht insbesondere nicht einmal behauptet, dass sein Bier dem vom Kläger nunmehr geführten Münchner „Hackerbräu“ überlegen, oder dass es wenigstens beim Zürcher Publikum beliebter sei, als dieses letztere. Soweit jedoch der Kläger dem Beklagten die fragliche Lokalbezeichnung auch als solche streitig machen will, indem er ferner noch vorbringt, dass ihm dadurch die Eröffnung einer gleichnamigen Wirtschaft in Zürich

verunmöglicht werde, entbehrt sein Anspruch jeder rechtlichen Substanzierung und bedarf, jedenfalls aus dem Gesichtspunkte des eidgenössischen Rechts, keiner weiteren Erörterung. (Entsch. vom 26. Februar 1909 i. S. Sedlmayr c. Riby.)

---

58. *Art. 65, 52, 54 OR. Haftbarkeit des Tierhalters. Sie tritt auch ein gegenüber Angestellten bezw. deren Angehörigen. Tötung des Versorgers, Mass der Entschädigung.*

Art. 65 OR gilt, der neueren Praxis gemäss (vergl. z. B. AS **26** II Nr. 13 Erw. 3, S. 106), allgemein, d. h. ohne Rücksicht auf die anderweitigen rechtlichen Beziehungen zwischen dem Tierhalter und dem Geschädigten, also zum Schutze nicht nur der jenem rechtlich fremden Drittpersonen, sondern auch seiner Angestellten, die als solche in den Schädigungsbereich seines Tieres geraten. Danach haftet der Beklagte den Klägern für den durch sein Pferd verursachten Tod ihres Vaters, der im landwirtschaftlichen Betrieb des Beklagten auf dem Hof Buholz als Knecht angestellt war, nach Massgabe der einschlägigen Entschädigungsgrundsätze (Art. 52 in fine, eventuell auch Art. 54 OR), sofern er nicht den Nachweis der Anwendung aller zur Vermeidung jenes Unfalls gebotenen Sorgfalt erbracht hat. Nun steht tatsächlich fest, dass das fragliche Pferd, welches der Beklagte etwa zwei Jahre vor dem Unfall Egli's als „ausrangiertes" Militärpferd von der Eidgenossenschaft erworben hatte, wie ihm bekannt, ein „Schläger", beim Putzen und Schirren „nicht völlig sicher" war und dass es, seitdem er es besass, bereits einmal einen Knecht geschlagen hatte. Immerhin war es, nach dem Zeugnis des Knechtes Trachsel, „nur bösartig gegen solche, die nicht verstanden, „mit ihm umzugehen", also jedenfalls nicht in besonderem, aussergewöhnlichem Masse gefährlich, was denn auch durch die Tatsache bekräftigt wird, dass der erwähnte einzige frühere Fall ernstlicher Personengefährdung durch das Tier, seit es im Besitze des Beklagten war, hat namhaft gemacht werden können. Bei dieser Sachlage geht die Annahme der beiden kantonalen luzernischen Instanzen, dass schon das blosse Behalten des Pferdes in Kenntnis seiner Eigenschaft als „Schläger" ein Verschulden des Beklagten involviere, welches seine Haftungsbefreiung schlechterdings ausschliesse, ja dass — wie speziell das Obergericht anzunehmen scheint — hierin sogar ein schweres Verschulden zu erblicken sei, entschieden zu weit. Es kann einem Pferdebesitzer nach der

Erfahrung des täglichen Lebens billigerweise nicht zugemutet werden, jedes „nicht völlig sichere" Tier wegen seiner Untugend ohne weiteres zu beseitigen; vielmehr darf diese äusserste Sicherheitsmassnahme von ihm nur in besonderen Ausnahmefällen, bei aussergewöhnlich gefährlichem Charakter eines Tieres, verlangt werden. Dagegen hat ein Pferdebesitzer, der solche „nicht völlig sichere" Tiere hält, dann allerdings die gesetzliche Pflicht, gegen die dadurch für ihre Umgebung geschaffene Gefahr angemessene Schutzvorkehren zu treffen, insbesondere seine Angestellten, welche in erster Linie von einem solchen Tiere gefährdet sind, durch angemessene Belehrung und Anweisung über seine Behandlung nach Möglichkeit vor Unfällen zu bewahren. Dass nun der Beklagte speziell dem verunfallten Egli solche Instruktionen erteilt habe, geht aus den Akten nicht hervor und ist vom Beklagten auch gar nicht ausdrücklich behauptet worden, während anderseits aus den Zeugendepositionen der Angestellten auf Buholz geschlossen werden muss, dass Egli mit dem fraglichen Pferde direkt erst kurze Zeit (seit dem etwa 14 Tage vor dem Unfall erfolgten Weggang des Meisterknechts auf Buholz) zu tun gehabt hatte und deshalb an seine besondere Behandlung bei Eintritt des Unfalles wohl noch nicht gewöhnt war. Demnach muss der Beklagte für den Unfall Egli's immerhin wegen mangelnden Entlastungsbeweises im Sinne des Art. 65 OR auf Grund dieser Bestimmung haftbar erklärt werden. Was aber die Entschädigungsberechtigung der Kläger betrifft, kann jedenfalls nur Art. 52 in fine OR in Betracht fallen, wonach sie Anspruch auf Ersatz desjenigen Schadens haben, der ihnen durch den Tod ihres Vaters in seiner rechtlichen Stellung als ihr „Versorger" erwachsen ist. Von einer weitergehenden Genugtuungszahlung an sie nach Massgabe des Art. 54 OR kann unter den gegebenen Verhältnissen keine Rede sein. Nun haben die kantonalen Gerichte in nicht aktenwidriger Weise festgestellt, dass der Getötete, wenn er sich auch in den letzten Jahren um seine Kinder (von denen das jüngste, der Kläger Josef, im Jahre 1890 geboren ist, also beim Tode des Vaters, 4. August 1905, das Alter der völligen ökonomischen Selbständigkeit noch nicht erreicht hatte) tatsächlich wenig bekümmert habe, doch in der Lage gewesen wäre, sie, seiner rechtlichen Verpflichtung für den Notfall gemäss, wenigstens in bescheidenem Masse zu unterstützen. Die Klage kann somit auch nicht, wie der Beklagte verlangt, wegen mangelnden Schadensnachweises völlig abgewiesen werden; dagegen erscheint nach den gesamten

Umständen des Falles die den Klägern von der ersten Instanz zugesprochene Entschädigung von Fr. 500.— als hoch genug bemessen. (Entsch. vom 6. März 1909 i. S. Meier c. Egli.)

---

59. *Zession; Gültigkeit und Formerfordernisse; eidgenössisches und kantonales Recht, speziell Art. 184 Abs. 2 OR und Art. 1196 Walliser ZGB, betr. Legalisierung u. s. w. der Privatverschreibungen.*

Art. 1196 des Walliser Zivilgesetzbuches lautet: „Die Privatverschreibungen haben gegen Drittmann bloss von dem Tage an ein sicheres Datum, wo sie legalisiert oder von einem Beglaubigungsnotar visiert worden sind, oder wo der, oder einer von denjenigen, die sie unterschrieben haben, gestorben ist, oder auch von dem Tage an, wo ihr wesentlicher Inhalt mittelst von einem öffentlichen Beamten verrichteter Akte, wie z. B: mittelst eines Verbals über Versiegelung oder Inventar, bekundet worden ist.“ Diese Bestimmung entspricht in der Hauptsache dem Art. 1328 des CCF; der Unterschied besteht einzig darin, dass statt der Legalisierung oder notariellen Visierung vom französischen Zivilgesetzbuch schlechthin die Einregistrierung gefordert wird. Der auschliessliche Charakter ist ihr genommen in den Gesetzgebungen der Kantone Neuenburg (Art. 1077 CC) und Genf (Art. 246 ZPO); die entsprechende Vorschrift des waadtländischen ZGB, Art. 985, ist aufgehoben worden (Ges. vom 9. März 1899), nachdem die Gerichtspraxis die Unvereinbarkeit mit dem eidgenössischen OR ausgesprochen hatte (Journ. Trib. 1892 S. 28). Fragt es sich, ob diese Unvereinbarkeit wirklich bestehe, so ist von dem Grundsatze auszugehen, dass nach Art. 2 der Uebergangsbestimmungen zur BV das Bundesrecht dem kantonalen Rechte vorgeht; daraus ergibt sich aber weiter, dass auch die Grenzbestimmung vom Standpunkte des eidgenössischen Rechtes aus vorzunehmen ist (vergl. dazu Soldan, le code fédéral des obligations et le droit cantonal, Lausanne 1896, S. 143). Dabei kann davon Umgang genommen werden, die generelle Frage neu zu überprüfen, inwieweit das kantonale Recht überhaupt befugt sei, im Prozessverfahren die Anerkennung eines streitigen Rechtes von dem Nachweis der Entstehungsgründe gerade in bestimmten Formen abhängig zu machen (vergl. darüber AS **16** S. 580 ff.): denn im konkreten Falle besteht eine spezielle Vorschrift, diejenige des Art. 184 Abs. 2 OR, vor welcher das kantonale Recht zurückzuweichen hat. Nach

Art. 184 Abs. 1 OR ist die Forderungsabtretung formlos gültig. Abs. 2 desselben bestimmt: „Damit aber gegenüber dritten Personen, namentlich im Konkurse des Abtretenden, der Uebergang wirksam werde, bedarf es einer schriftlichen Beurkundung.“

Wenn hier die schriftliche Form nicht als Voraussetzung für die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes schlechthin vorgeschrieben wird, sondern nur für dessen Wirksamkeit gegenüber Dritten, namentlich im Konkurse des Abtretenden, so will damit der Gefahr der Simulation, wie sie namentlich durch die Antedatierung nach der Pfändung oder dem Konkurse über den Abtretenden erfahrungsgemäss vorzukommen pflegt, entgegengetreten werden. Die mündliche Zession wird vom Gesetze speziell im Verhältnis zu den Gläubigern des Abtretenden gerade deshalb als verdächtig betrachtet, weil sie durch die gewöhnlichen Beweismittel für mündliche Willenserklärungen nicht mit Sicherheit zeitlich fixiert werden kann. Die Sicherheit, die das Gesetz hier zu erstreben sucht, soll erreicht werden durch die vorgeschriebene Schriftform. Wenn auch zuzugeben ist, dass die Beweiskraft einer schriftlichen Willenserklärung im allgemeinen sich nur auf den Dispositionsakt, der in derselben liegt, bezieht und nicht auf Ort- und Zeitbestimmungen (vergl. Seuffert, Kommentar zur deutschen ZPO I S. 612), so steht doch Art. 184[2] OR auf dem gegenteiligen Standpunkt, indem er gerade um diese Art der Simulation zu treffen, die Schriftlichkeit vorsieht. Bei dieser Stellung des OR, das diese Frage des Schutzes der Dritten gegen antedatierte Zessionen selber regelt, kann nicht auch das kantonale Recht entgegenstehende Bestimmungen über die gleiche Materie treffen, mit denen die Form, die das eidgenössische Recht als ausreichend betrachtet, als im Prozesse wirkungslos erklärt wird. Wo das eidgenössische Recht solche formelle Voraussetzungen für die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes aufstellt, wird damit die Frage der Wirksamkeit erschöpfend normiert und es kann das kantonale Recht nicht auf dem besondern Gebiete des Prozesses diese Wirksamkeit beseitigen. Die kantonalen Prozessvorschriften über den vermehrten Beweis der Datierung führen denn auch nichts anderes als eine beschränkte, unvollständige Ungültigkeit (Bar, internat. PrR II 375 ff.) der betreffenden materiellen Rechtsgeschäfte herbei; gerade auf dem wichtigsten Gebiete ihrer Geltendmachung, im Prozesse, werden sie, so lange sie der Form entbehren, insoweit als ungültig betrachtet, als sie gegenüber der Bestreitung des Gegners nicht aktiv geltend gemacht werden können. Wenn auf Grund der Entstehungsgeschichte

des OR in der bisherigen Praxis für diejenigen Geschäfte, die einer Form nach dem materiellen Rechte nicht bedürfen, Beweisformen des kantonalen Prozessrechtes zugelassen wurden, so schliesst doch Art. 184 [2] eine abweichende kantonale Beweisform aus, da er selber diejenige Beweissicherung durch Aufstellung der von ihm verlangten Form bezweckt, welche jene entgegenstehenden kantonalen Beweisformen erzeugen wollen. Es würde auch zu bedenklichen Konsequenzen führen, wollte man neben den (im Verhältnis zum französischen Rechte) zahlreichen materiellen Gültigkeitsformen des OR nun noch die Beweisformen des französischen Rechtes zulassen, welche die im französischen Rechte fast ganz fehlenden entsprechenden materiellen Gültigkeitsformen zu ersetzen bestimmt sind. Jedenfalls kann da, wo die Form den in Art. 184 [2] ersichtlichen Charakter hat, eine andere Beweisform nicht Platz greifen. (Entsch. vom 12. März 1909 i. S. Güttinger c. Brechbühl & Genossen.)[1])

---

60. *Aktiengesellschaft. Auslegung einer Statutenbestimmung über Verteilung des Reingewinnes. Verhältnis von Tantieme und Reservefonds.*

Die Chemische Fabrik Schweizerhall, Aktiengesellschaft, deren Aktienkapital Fr. 1,000,000, eingeteilt in 1000 Aktien zu Fr. 1000 beträgt, wies für das Geschäftsjahr 1906/07 nach Vornahme der Abschreibungen auf Liegenschaften und Fahrnis einen Reingewinn von Fr. 347,176.19 auf. Ueber die Verwendung des Reingewinns enthält § 25 Abs. 3 der Statuten folgende Bestimmung: „Von dem nach Abzug dieser Ab„schreibungen sowie aller Unkosten, Passivzinse und allfälliger „Verluste sich ergebenden Reingewinn sind mindestens 5% „dem Reservefonds so lange zuzuwenden, bis derselbe die „Hälfte des emittierten Aktienkapitals erreicht hat. Er bildet „einen Teil des Gesellschaftsvermögens und wird nicht beson„ders verwaltet und nicht verzinst. Sodann erhalten die „Aktionäre eine Dividende bis zu 5%. Von dem verbleiben„den Ueberschuss fallen 25% dem Verwaltungsrat und 15% „den Angestellten nach Beschluss des Verwaltungsrates als „Tantieme zu. Der Rest wird zur Verfügung der General„versammlung gestellt.“ Auf Antrag des Verwaltungsrats verfügte die Generalversammlung vom 19. Oktober 1907 trotz

---

[1]) Entscheid des Bundesgerichts als Kassationsinstanz nach Art. 89 ff. OG.

Einspruchs der Klägerin, Thonwarenfabrik Allschwil, in folgender Weise über die Verwendung des Reingewinns von

	Fr.	Fr.
		347,176.19
1. 8 % werden in den Reservefonds gelegt	27,502.80	
2. Die Aktionäre erhalten eine Dividende von 5 % (bezw. $2^1/_2$ % auf den neuen Aktien)	42,500.—	70,002.80
Von den verbleibenden . .		277,173.39
wird die Tantieme von 25 % für den Verwaltungsrat und 15 % für die Angestellten berechnet . .		110,869.—
Der Rest von . . .		166,304.39
nebst dem Saldo vom Vorjahre .		6,184.93
		172,489.32
dient zur Auszahlung einer Superdividende von 5 % (bezw. $2^1/_2$ %)	42,500.—	
und zu einer ausserordentlichen Einlage in den Reservefonds von .	125,000.—	
wodurch der Reservefonds auf Fr. 500,000.— auf die Hälfte des emittierten Aktienkapitals gebracht wird; auf neue Rechnung werden vorgetragen	4,989.32	172,489.32

Diese Verwendung des Reingewinns focht die Klägerin als Aktionärin durch Klage an mit dem Rechtsbegehren:

„Es seien die Beschlüsse der Generalversammlung der „Chemischen Fabrik Schweizerhall vom 19. Oktober 1907 „über die Verwendung des Gewinnsaldos des Geschäftsjahres „1906/07 als ungültig zu erklären und es sei festzustellen, dass „die Tantieme an Verwaltungsrat und Angestellte zu berechnen „sei von dem Betrage des Reingewinnes, der sich nach Ab„zug der ausserordentlichen Einlage von Fr. 125,000 in den „Reservefonds ergibt."

Die kantonalen — Basler — Instanzen erklärten die Beschlüsse der Generalversammlung als ungültig und wiesen die weitergehenden Begehren der Klägerin ab. Das Bundesgericht, an welches nun die Beklagte mit dem Antrage auf gänzliche Abweisung der Klage gelangte, hat das angefochtene Urteil bestätigt. Gründe:

Die Auslegung, welche die kantonalen Instanzen dem § 25 der Statuten der Beklagten gegeben haben, erscheint als

[illegible] dem nach Abzug der Abschreibungen [illegible] Reingewinn [illegible] 5 % in den Reservefonds zu legen [illegible] die Hälfte des Aktienkapitals erreicht hat, und dass ferner 5 % Dividende an die Aktionäre und [illegible] Tantieme an Verwaltungsrat [illegible] während der Rest zur Verfügung der Generalversammlung [illegible] zum Ausdruck gebracht, dass jede Einlage in den Reservefonds, auch die über 5 %, [illegible] vor der Verteilung der Dividende und Berechnung der Tantieme [illegible]. Anders kann der Ausdruck [illegible] 5 % [illegible] nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht verstanden werden [illegible] § 23 [illegible] Wortlaut [illegible] Einlagen in den [illegible] Reservefonds, bis dieser die statutarische Höhe erreicht hat, tantiemefrei sein sollen und dass in dieser Beziehung kein Unterschied gemacht wird, je nachdem es sich um die obligatorische Einlage von 5 % des Reingewinns oder um eine darüber hinausgehende Einlage handelt; in beiden Fällen hat man es mit Rückstellungen zu tun, die im Gewinn vom Reingewinn abzuziehen sind, wie er allein für Dividende und Tantieme in Betracht kommen soll. [illegible] Wenn sodann die Generalversammlung der Aktionäre im Interesse einer soliden Geschäftsgebahrung den Reservefonds rascher, als es die Statuten vorschreiben, äufnen und mit einer entsprechend geringeren Dividende vorlieb nehmen will, so erscheint es gerechtfertigt, dass die Mehreinlage auch dem mit Tantieme belastet wird. Aus solchen Erwägungen ist denn auch in der neuen Vorschrift des § 237 des deutschen HGB bestimmt, dass allfällige Tantiemen aus dem Vorschuss von dem nach Vornahme sämtlicher Abschreibungen und Rücklagen verbleibenden Reingewinn zu berechnen sind, wobei unter Rücklagen Reservestellungen jeder Art zu verstehen sind (Staub, Kommentar zum HGB. 8. Aufl. S. 900). Die Beklagte ist hiernach gemäss den Statuten zwar nicht verpflichtet, mehr als 5 % des Reingewinns in den Reservefonds zu legen, so lange dieser noch nicht die Hälfte des Aktienkapitals erreicht hat; wenn sie aber mehr einlegen will, so kann sie es nur vorgängig der Ausscheidung von Dividende und Berechnung der Tantieme tun, d. h. die ganze Einlage in den Reservefonds muss „tantiemefrei“ bleiben. In diesem Sinn ist die aus dem

Schlusssatz des § 25 sich ergebende Befugnis der Generalversammlung, über den nach der obligatorischen Einlage in den Reservefonds und andern statutarischen Verwendungen verbleibenden Ueberschuss frei zu verfügen, durch die Statuten selber beschränkt.

Nach diesen Ausführungen ist der angefochtene Generalversammlungsbeschluss mit Recht von der Vorinstanz als gegen die Statuten verstossend aufgehoben worden. Wie sich der Beschluss, was die Berechnung der Tantieme anbelangt, zum Gesetz verhält, braucht nicht weiter untersucht zu werden. (Entsch. vom 19. März 1909 i. S. Chemische Fabrik Schweizerhall A.-G. c. Thonwarenfabrik Allschwil Passavant-Iselin & Cie.)

---

61. *Ehescheidung. Stellung des Richters, wenn beide Parteien die Scheidung verlangen, jedoch jeder Eheteil gegen den andern.*

I. Art. 45 ist nicht anwendbar.

II. Der Richter kann beide Scheidungsklagen abweisen und auch nur auf Trennung erkennen.

I. Von einer Scheidung der Ehe nach dem im angefochtenen Urteil nominell zur Anwendung gebrachten Art. 45 kann schon deshalb keine Rede sein, weil die Litiganten kein gemeinsames Scheidungsbegehren gestellt haben, sondern jeder derselben für sich Scheidung beantragt hat, mit dem Begehren, es sei der andere Ehegatte als der allein schuldige Teil zu erklären. In einem solchen Falle kann die Scheidung, wie das Bundesgericht stets erkannt hat (vergl. AS **28** II S. 448 ff.,[1]) **30** II S. 399 ff. E. 2, **33** II S. 391 f.),[2]) nicht auf Grund von Art. 45, sondern nur auf Grund von Art. 46 oder 47 ausgesprochen werden. Die Parteien haben übrigens auf Art. 45 selber nicht abgestellt und hätten dies (vergl. das bereits zitierte Urteil in Bd **33** II S. 392) auch nicht etwa nachträglich vor Bundesgericht tun können.

II. Die Aufhebung des die Scheidung aussprechenden kantonalen Urteils ist zulässig, trotzdem sich beide Parteien mit der Tatsache der Scheidung als solcher einverstanden erklärt haben und nur bezüglich der Schuldfrage divergieren. Abgesehen davon, dass der Richter ja auch ein gemeinsames Scheidungsbegehren im Sinne von Art. 45 abzuweisen befugt wäre (weil in Scheidungssachen die Verhandlungsmaxime nur eine beschränkte Geltung besitzt), ist hier daran

[1]) Revue **21** Nr. 22. [2]) Revue **26** Nr. 29.

zu erinnern (vergl. das erwähnte Urteil in Bd **33** II S. 393 und die dortigen Zitate), dass, gleichwie die Scheidungs**urteile**, so auch die Scheidungs**begehren**, von dem zu ihrer Begründung angerufenen Scheidungs**grunde** nicht losgetrennt werden können. Ergibt sich somit, dass weder der von der Klägerin, noch der vom Beklagten geltend gemachte Scheidungsgrund zutrifft, so führt dies notwendig zur Abweisung beider Scheidungsbegehren, wobei immerhin der Richter von Amteswegen die Trennung von Tisch und Bett auf höchstens zwei Jahre aussprechen kann. (Entsch. vom 25. Februar 1909 i. S. Eheleute Kaiser.)

---

62. *Bundesgesetz über die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb, vom 25. Juni 1881, Art. 6. Entschädigung für dauernde Invalidität (bei Körperverletzung).*

I. Grösse der physiologischen Einbusse der Arbeitsfähigkeit; Tatbestandfeststellung. Verhältnis zur effektiven Erwerbsunfähigkeit; Bedeutung der Anpassung an die neuen Verhältnisse und der tatsächlichen Lohnverhältnisse.

II. Zufallsabzug und Abzug wegen Kapitalabfindung.

I. Die Grösse der dauernden Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit ist von der kantonalen Instanz auf Grund des gerichtlichen Expertengutachtens — also nicht aktenwidrig und in einer für die eidgenössische Berufungsinstanz verbindlichen Weise — auf 25 % festgestellt worden. Diese Feststellung ist insbesondere auch nicht etwa deshalb aktenwidrig, weil der Verunfallte auch nach dem Unfalle ziffermässig keinen geringern Lohn verdiente als vorher: denn diese Uebereinstimmung lässt den vom Beklagten gezogenen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit nicht zu, da keineswegs angenommen werden kann, dass für gleiche Leistungen sowohl in Olten, wo der Kläger nach dem Unfall in Arbeit stand, als in Stans, wo er zur Zeit des Betriebsunfalls angestellt war, der gleiche Lohn bezahlt werde. Dagegen ergibt sich aus dem gerichtlichen Gutachten freilich, dass der Verunfallte im Laufe der Zeit durch Anpassung an die neuen Verhältnisse (Amputation des Zeig- und des Mittelfingers der linken Hand. Der Kläger war Schreiner) die nachteiligen Folgen des Unfalldefekts bei der Berufsausübung in weiterem Masse wird ausschalten können, so dass ihm aus dem Unfalldefekt faktisch weniger ökonomischer Nachteil entstehen dürfte als der physiologischen Bedeutung des Defekts, d. h. der Beschränkung der Funktionsfähigkeit der verletzten Hand, entsprechen würde. Auch diese

Tatsache betrifft den Schaden, d. h. den Wert der verbleibenden Arbeitsfähigkeit und den Unwert des Unfallsdefektes, und es ist daher nicht etwa ein bezüglicher Abstrich vom Entschädigungsmaximum zu machen, sondern es vermindert sich einfach der Schadensbetrag in entsprechendem Masse. Indem die kantonalen Instanzen dies verkannten, wurden sie von unrichtigen rechtlichen Auffassungen über den Begriff des Schadens geleitet, in deren Ueberprüfung die Berufungsinstanz frei ist. Bei einer Erwerbseinbusse von 25 % ergäbe sich bei einem Taglohn von Fr. 5.40 und jährlich 300 Arbeitstagen ein jährlicher Ausfall von Fr. 405.—, welcher Betrag beim Alter des Klägers von 29 Jahren, nach der richtigen Berechnung der kantonalen Instanzen, einem Kapital von Fr. 7540.— entspräche. Mit Rücksicht auf den günstigen Verlauf der Heilung und die Anpassungsfähigkeit des Verunfallten erreicht der Schaden in Wirklichkeit diesen Betrag aber nicht. Nun fehlen freilich Anhaltspunkte zu einer förmlichen Berechnung dieser Schadensminderung. In solchen Fällen hat, gemäss der allgemeinen Vorschrift des Art. 6 des Fabrikhaftpflichtgesetzes und gemäss der Praxis (AS **22** S. 1312) völlig freies richterliches Ermessen Platz zu greifen. Bei Berücksichtigung der allgemeinen und individuellen Verhältnisse, des Alters und des Berufes des Verunfallten und der Tatsache, dass es ihm schon nach ganz kurzer Zeit gelungen ist, eine ordentlich bezahlte Stelle zu erhalten, darf angenommen werden, dass er voraussichtlich auch künftig in seinem Berufe sein Auskommen finden dürfte, und erscheint darnach ein Abstrich im Betrage von Fr. 2000.— nicht als unangemessen, so dass sich ein Schadensbetrag von Fr. 5540.— ergibt.

II. Fragt es sich, ob der auf Fr. 5540.— festgestellte Schaden voll zu ersetzen sei, oder ob Abzüge stattfinden sollen, so kommen der Abzug wegen Zufalls und der Abzug wegen des Vorteils der Kapitalabfindung in Betracht. Der Abzug wegen Zufalls ist in Art. 6 litt. a des Fabrikhaftpflichtgesetzes vorgeschrieben; er erscheint nach Massgabe der bisherigen Gerichtspraxis mit 10 % als richtig bemessen. Eine ausnahmsweise Reduktion des Abzuges auf ca. 2 %, wie sie im Falle Bachmann c. Papierfabrik Perlen stattgefunden hat (AS **34** II S. 240), würde sich dagegen nicht rechtfertigen, weil im konkreten Falle — im Gegensatze zum Falle Bachmann c. Papierfabrik Perlen — der Schaden ja nicht das gesetzliche Entschädigungsmaximum weit übersteigt. Der Abzug wegen der Vorteile der Kapitalabfindung ist im Gesetze nicht ausdrücklich vorgesehen. Er setzt daher voraus, dass ein

solcher Vorteil im Einzelfalle in der Tat gegeben sei. Das wird aber in der Regel dann anzunehmen sein, wenn die kapitalistische Verwertung der Entschädigungssumme in einer Unternehmung für den Verunfallten möglich und nach den Grundsätzen einer umsichtigen Wirtschaftsführung für ihn geboten oder doch nicht als gefährlich erscheint. Nun ist es nicht ausgeschlossen, dass der heutige Kläger sich mit der Entschädigungssumme in einem Kleinbetrieb selbständig mache, und es sind auch keine Tatsachen bekannt gegeben worden, welche in Bezug auf die persönliche Fähigkeit des Verunfallten zu Zweifeln Anlass bieten würden. Und da die selbständige Stellung schon in persönlicher Hinsicht mancherlei Vorteile bietet, so ist darnach der Abzug wegen der Vorteile der Kapitalabfindung auch im konkreten Falle zu machen. Dagegen ist der Abzug nur in geringem Betrage, nur mit 5 %, in die Schadensrechnung einzusetzen, weil es, angesichts der starken Konkurrenz, jedenfalls nicht ohne weiteres als bewiesene Tatsache der Beurteilung zu Grunde gelegt werden darf, dass ein solcher Kleinbetrieb dem Inhaber, verglichen mit dem unselbständigen Arbeiter, auch nennenswerte finanzielle Vorteile biete. (Entsch. vom 6. April 1909 i. S. Lässer c. Durrer.)

---

63. *Bundesgesetz über das Rechnungswesen der Eisenbahnen, vom 27. März 1896, Art. 9 lit. d. Begriff der Subventionen à fonds perdus. Darunter fällt auch eine Subvention, bei der der Subvenient ein Anrecht am Gewinn hat, jedoch kein Anrecht auf Rückzahlung des Subventionskapitals. Bedeutung der sog. Gesetzesmaterialien für die Auslegung des Gesetzes.*

Tatbestand: Für die Reinach-Münster-Bahn leisteten die Einwohnergemeinden Münster und Gunzwil, die Korporationsgemeinde Münster und das Stift Bero-Münster Kapitalbeiträge von zusammen Fr. 180,000.—, wogegen sie in entsprechendem Betrage Genussscheine erhielten. Diesen wurde ein gewisses Anrecht auf den Reingewinn eingeräumt, derart, dass zunächst die Aktionäre eine Dividende von 3½ %, nach fünf Jahren von 4 %, erhalten sollten, und dann aus dem Ueberschuss die Inhaber der Genussscheine eine solche von 3½ resp. 4 %, und dass eine allfällige Restanz beiden gleichmässig zuzukommen habe. Im übrigen sollten die Genussscheine weder Rechte am Gesellschaftsvermögen noch Stimmrecht in der Gesellschaft begründen. Diese in den Statuten der Reinach-Münster-Bahngesellschaft (§§ 9 und 34) aufgestellten

Bestimmungen sind nach der Fusion in die Statuten der Seetalbahngesellschaft (§ 12) übergegangen.

Der Bundesrat verfügte nun (betr. den Jahresertrag der Seetalbahngesellschaft pro 1906) u. a., diese Subvention von 180,000 Franken sei aus dem Baukonto, auf den sie die Gesellschaft gebucht hatte, auszuscheiden. Hiegegen rekurrierte die Seetalbahngesellschaft an das Bundesgericht, wurde aber von diesem abgewiesen, mit folgender Begründung:

Zu entscheiden ist, ob die Subvention einer Eisenbahnunternehmung auch dann eine solche „à fonds perdus" im Sinne von Art. 9 lit. d des Eisenbahnrechnungsgesetzes vom 27. März 1896 sei, wenn der Subvenient zwar auf eine Rückzahlung des geleisteten Kapitals verzichtet, sich dagegen ein bestimmtes Anrecht am Gewinn der subventionierten Unternehmung ausbedungen hat.

Der Wortlaut des Gesetzes zunächst spricht für die Bejahung der Frage. Damit ein Kapital à fonds perdus geleistet werde, wird nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch nicht erfordert, dass der Leistende, ausser dem Verzichte auf eine Rückzahlung des Kapitals, auch von jedem Gegenwert für das Empfangene absieht, namentlich also auf jedes Zins- oder Gewinnanrecht, so dass er also das Kapital ohne Vorbehalt zu seinen Gunsten schenken würde. Vielmehr bedeutet im Französischen das Wort „fonds" (fundus) Geldsumme, Kapital, im Gegensatz zu den daraus erzielbaren Erträgnissen (revenu, intérêts, bénéfices) und wird von der Hingabe eines Kapitals „à fonds perdus" namentlich auch bei der Rentenbestellung gesprochen, also in einem Falle, wo diese Hingabe gerade zu dem Zwecke, Gegenleistungen zu erhalten, erfolgt. Soweit man also nur auf den Wortlaut von Art. 9 lit. d abstellt, fallen die Subventionen mit Gewinnanrecht mindestens ebenso gut unter diese Bestimmung als die ohne solches.

Der grammatikalischen Auslegung entspricht nun aber auch die logische und zwar führt diese in zwingender Weise zu dem nämlichen Ergebnisse. Um die Bedeutung und Tragweite der vorliegenden Bestimmung zu erfassen, ist sie im Zusammenhang mit dem Inhalte und dem Zwecke des ganzen Gesetzes zu würdigen. Dieses unterstellt das Rechnungswesen der Eisenbahnen einer staatlichen Kontrolle und zwar hauptsächlich in der Absicht, durch Aufstellung einheitlicher Normen über die Gestaltung der Rechnungen den Rückkauf vorbereiten zu helfen und Schwierigkeiten vorzubeugen, die sich ohne eine solche Ueberwachung und Vereinheitlichung des Rechnungswesens bei der spätern Festsetzung der Rückkaufsentschädigung

bieten würden (vergl. auch bundesrätl. Botschaft zum Gesetze, Schweiz. BBl 1895 IV S. 56). Und da nun laut den Konzessionen der einzelnen Eisenbahnunternehmungen die Rückkaufsentschädigung sich entweder nach dem Reingewinn oder nach dem Anlagekapital der Unternehmung bestimmt, so ist es dem Gesetze wesentlich darum zu tun, dass diese Begriffe in den Bilanzen und Rechnungen der Gesellschaften ihren ziffermässigen Ausdruck finden, wobei im übrigen hier nicht zu prüfen ist, wiefern ihre Formulierung im Rechnungsgesetz die konzessionsmässigen Entschädigungsansprüche einzuengen vermag. Im vorliegenden Falle steht von den beiden Begriffen der des Anlagekapitals in Frage und dieses soll nach dem Gesetz im Baukonto zur Darstellung kommen. Ueber den Baukonto aber bestimmt zunächst Art. 4 in grundsätzlicher Weise, dass er nur mit denjenigen Kosten belastet werden dürfe, die vom Konzessionsinhaber für die Erstellung oder den Erwerb der Bahn und die Beschaffung des Betriebsmaterials aufgewendet worden seien. Es soll damit verhütet werden, dass der Konzessionsinhaber beim Rückkaufe eine Entschädigung beanspruche, die durch den Gesamtbetrag, auf den ihm das Rückkaufsobjekt zu stehen kam, nicht voll gedeckt ist, und dass er sich derart durch den Rückkauf bereichere. Dieser allgemeine Grundsatz wird nun in Art. 9 lit. d für einen besonderen Fall spezialisiert, nämlich den, wo zur Erstellung der Bahn nicht rückzahlbare Subventionen gedient haben. Soweit dies der Fall gewesen ist, hat der Konzessionsinhaber für die Erstellung kein Kapital aufwenden müssen, sondern statt seiner ein Dritter, der Subvenient, und würde deshalb der Konzessionsinhaber, wenn er als Rückkaufspreis den gesamten in der Anlage investierten Kapitalbetrag verlangte, mehr beanspruchen, als was ihn die Anlage gekostet hat. Was aber den Subvenienten betrifft, so hat er seinen Beitrag nicht mit der Absicht geleistet, damit dem Konzessionsinhaber selbst etwas unentgeltlich zuzuwenden und also, wenn dieser, wie regelmässig der Fall, eine Aktiengesellschaft ist, die Aktionäre in ihren persönlichen Vermögensrechten zu begünstigen. Vielmehr geht sein Wille stets dahin, die konzessionierte Unternehmung als eine im öffentlichen Interesse liegende zu fördern, ihr Zustandekommen zu ermöglichen oder zu erleichtern. Hinsichtlich der Subventionen kann also der Konzessionsinhaber beim Rückkauf einen Entschädigungsanspruch nicht darauf stützen, dass er eigenes und namentlich von dritter Seite unentgeltlich erhaltenes Kapital für den Bahnbau aufgewendet habe. Geht man hievon aus, so müssen

aber die Subventionen mit und diejenigen ohne Anteilsrecht am Gewinn der Unternehmung, soweit es sich um die Bewertung des vom Konzessionsinhaber aufgewendeten Anlagekapitals und dessen rechnungsmässige Wiedergabe im Baukonto handelt, als gleichartig angesehen werden. Ob die Subvenienten während der Zeit bis zum Rückkauf aus den Betriebsüberschüssen bestimmte Anteile zugeschieden erhalten haben oder nicht, mag von gewissem, hier nicht zu erörterndem Einfluss sein auf die Bemessung des Reingewinnes, wenn dieser für die Rückkaufentschädigung massgebend ist, nicht aber für die Ermittlung dessen, was der Konzessionsinhaber als Anlagekapital aufgewendet hat. Denn in dieser Hinsicht haben die Beiträge der Subvenienten in beiden Fällen die nämliche Funktion erfüllt, nämlich dem Konzessionsinhaber ohne Rückgabepflicht ein Kapital zu beschaffen und aus fremden Mitteln das Werk ausführen zu helfen.

Nun macht allerdings die Rekurrentin gegenüber dieser Auslegung von Art. 9 lit. d geltend, dass bei der Ausarbeitung des Gesetzes die umgekehrte Auffassung zum Ausdruck gekommen sei. Das trifft in der Tat zu, indem die bundesrätliche Botschaft vom 11. November 1895 (BBl loc. cit. S. 62/63) und der ständerätliche Berichterstatter (Stenographisches Bülletin, Dezember 1895, S. 765) sich mit aller Bestimmtheit dahin ausgesprochen haben, dass unter die vorliegende Vorschrift keine Subventionen fallen, die am Reinertrag des Unternehmens in irgendwelcher Form teilnehmen. Und mit Unrecht beruft sich der Rekursbeklagte hiegegen auf das Votum des nationalrätlichen Berichterstatters über den Gesetzesentwurf (Stenographisches Bülletin 1896, S. 31), da dieser über die Frage sich nicht besonders geäussert hat. Nun ist aber gegenüber diesen Anbringen der Rekurrentin zu bemerken, dass damit die Bedeutung der Gesetzesmaterialien für die Auslegung des Gesetzes überschätzt wird. Solche Materialien haben den Charakter von blossen Hilfsmitteln für die Auslegung, denen ein entscheidendes Gewicht dann nicht mehr zukommt, wenn sie in Widerspruch stehen mit dem, was aus dem Gesetzestext, aus dem Sinn und Geiste des Gesetzes im allgemeinen und dem praktischen Zwecke, dem es dienen soll, als der gesetzliche Wille in dem betreffenden Punkte entnommen werden muss. Denn der im Gesetze niedergelegte Willensinhalt besteht eben für sich selbst, objektiviert und losgelöst von den Meinungsäusserungen Einzelner, die bei der Ausarbeitung des Gesetzes über dessen künftigen Inhalt erfolgt sind. Im schweizerischen Staatsrecht tritt das um so deut-

licher zu Tage, als hier die Bundesversammlung zwar den Text des spätern Gesetzes berät und endgültig feststellt, das Gesetz selbst aber nur durch die stillschweigende Zustimmung des Volkes, wie sie in der Nichtergreifung des Referendums liegt, oder andernfalls durch die Volksabstimmung zu Stande kommt, also durch Akte, in denen eine Gutheissung nur des Gesetzestextes, nicht aber auch der Gesetzesmaterialien erblickt werden kann (vergl. im übrigen auch AS **25** II Nr. 101, S. 845 und **27** I Nr. 93 S. 530). Hier nun hat sich aus den vorstehenden Ausführungen bereits ergeben, dass die von der Rekurrentin angeführten, bei der Ausarbeitung des Gesetzes gemachten Aeusserungen über den Inhalt der jetzigen lit. d des Art. 9 dem Wortlaut und namentlich dem Sinne und Zwecke der Bestimmung widersprechen; diese Aeusserungen erweisen sich damit als für die Auslegung bedeutungslos. Noch weniger kann gegenüber dem Gesagten der — übrigens von der Rekurrentin nicht geltend gemachte — Umstand in Betracht fallen, dass unter dem frühern Rechnungsgesetz vom 21. Dezember 1883, das eine der lit. d des jetzigen Art. 9 entsprechende Bestimmung nicht enthielt, die bundesrätliche Praxis, wie es scheint, die Buchung von Subventionen mit Gewinnanrecht auf Baukonto zugelassen und das Bundesgericht in einem Urteil i. S. der Vereinigten Schweizerbahnen (AS **13** Nr. 18 a. E.) sich beinebens zu Gunsten dieser Auffassung ausgesprochen hat. Und endlich entkräftet es die obigen grundsätzlichen Erwägungen nicht, wenn die Rekurrentin anbringt, dass bei der Gotthardbahn die — ebenfalls gewinnberechtigten — Subventionen im Baukonto belassen werden. Diese nach dem Gesagten unrichtige Behandlung mag sich, wie der Bundesrat ausführt, daraus erklären, dass diese Subventionen und ihre Buchung auf eine Zeit zurückreichen, wo das Rechnungswesen der Eisenbahnen vom Bunde noch nicht überwacht wurde; und praktisch ist sie jedenfalls ohne Bedeutung, indem der Rückkauf der Gotthardbahn auf der Grundlage nicht des Anlagekapitals, sondern des kapitalisierten Reingewinns sich vollziehen wird. Mit Recht hat übrigens der Bundesrat diesem Beispiel die Behandlung des Genussscheinskapitals der frühern Jura-Simplon-Bahn gegenübergehalten, die der oben entwickelten Auslegung der lit. d des Art. 9 entspricht.

Damit kommt man dazu, den Rekurs im vorliegenden Punkte abzuweisen und die bundesrätliche Verfügung, wodurch die fraglichen Subventionen von zusammen Fr. 180,000 aus dem Baukonto weggewiesen wurden, zu bestätigen. Infolge-

dessen können sie, entgegen der Behauptung der Rekurrentin, auch nicht mehr als Passivposten in der Bilanz erscheinen, wie sich auch aus dem Schlusssatz des Art. 9 ergibt. Ob und in welcher Weise im übrigen das Subventionskapital der Rekurrentin in ihren Büchern figurieren könne oder müsse, ist nicht zu entscheiden; und ebenso wird, wie der Bundesrat selbst erklärt, durch den gegenwärtigen Entscheid der Rechtsstellung nicht vorgegriffen, in der sich die Subvenienten in Hinsicht auf ihr Gewinnanteilsrecht später bei einer Veräusserung oder einem Rückkauf der Bahn befinden. (Entsch. vom 1. Dezember 1908 i. S. Seetalbahngesellschaft c. Bundesrat.)

---

64. *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889, Art. 285 ff. Anfechtungsklage.*

I. Erfordernis der Schädigung der Gläubiger. Direkte Schädigung? Indirekte Schädigung? Verkauf eines Heimwesens zu angemessenem Preise und unter Grundpfandversicherung der Kaufpreisrestanz. Ungenügende Verwertung dieser Restanz, kein Zusammenhang mit der Abtretung des Objektes.

II. Unzulässigkeit einer Anfechtungsklage, wenn der klagende Gläubiger die aus dem angefochtenen Rechtsgeschäfte resultierende Forderung schon gepfändet und verwertet hat.

Durch Vertrag vom 8. September 1903 trat Chr. J. seinen drei Söhnen seine Besitzung in O. nebst Zubehörden etc. „auf Rechnung künftiger Erbschaft“ zu Eigentum ab, zum Abtretungspreis von Fr. 28,000, wovon eine Preisrestanz von Fr. 10,272.50 bis zum Ableben des Abtreters unablöslich stehen bleiben und zu 4 % jährlich verzinst werden sollte. Für ihr Kapital, nebst Zinsen und allfälligen Folgen, wurde das Grundpfandrecht auf dem Vertragsobjekt ausdrücklich vorbehalten. Architekt R., der das Wohnhaus erbaut und hieraus durch Schiedsgericht festgestellte Forderungen gegen J. erworben hatte, leitete 1903 für seinen Prozesskostenbetrag Betreibung ein. In dieser Betreibung pfändete das Betreibungsamt für die beiden Betreibungen „die Abtretungsrestanz von Fr. 10,272.50“ als pfandgesicherte Forderung des Vaters J. an seine Söhne gemäss Abtretungsbrief vom 8. September 1903, mit der Bemerkung, dass der Schuldner „weiter pfandbares“ nicht besitze. Die gepfändete Forderung gelangte am 11. Februar 1904, nachdem R. am 12. Januar zuvor das Verwertungsbegehren gestellt hatte, auf öffentliche Steigerung und wurde, ohne Beteiligung R.'s, von Notar H. in Bern um sein Angebot von Fr. 500.— erworben. Nach verschiedenen Nachpfändungen, bei

denen R. Verlustscheine erhielt, erhob er gegen die Söhne J. Anfechtungsklage auf Rückgängigmachung der Liegenschaftsabtretung vom 8. September 1903. Das Bundesgericht hat letztinstanzlich die Klage abgewiesen.

Aus der Begründung:

I. (4.) Der Anfechtungsanspruch im Sinne der Art. 285 ff. SchKG geht darauf, eine Beeinträchtigung aller oder bestimmter einzelner Gläubiger in ihren Zwangsvollstreckungsrechten, welche aus einer gesetzlich als anfechtbar bezeichneten Rechtshandlung des Schuldners resultiert, durch Ungültigerklärung dieser Rechtshandlung zu beseitigen. Seine grundlegende Voraussetzung bildet demnach das Vorliegen einer solchen Beeinträchtigung der anfechtenden Gläubiger, d. h. einer durch die angefochtene Rechtshandlung bewirkten Verminderung des dem Zugriffe der Gläubiger für ihre Befriedigung unterstellten Vermögens des Schuldners oder wenigstens eine Erschwerung des Vollzugs dieser Befriedigung. Dabei braucht die Beeinträchtigung der Gläubiger nach der neuesten Praxis (vergl. das Urteil des Bundesgerichts i. S. Bürki & Cie gegen Konkursmasse Zurbuchen, vom 7. Dezember 1907: AS **33** II, Nr. 101, Erw. 4, S. 676)[1]) nicht die direkte oder doch schlechthin notwendige Folge der angefochtenen Rechtshandlung zu sein; es genügt vielmehr auch ihre Verursachung durch eine spätere Rechtshandlung des Schuldners, sofern nur diese letztere mit jener ersteren in einem derartigen Zusammenhang steht, dass angenommen werden muss, es hätten der Schuldner bezw. die beteiligten Parteien sie schon bei Vornahme der ersteren vorausgesehen und als bereits mitgewollt ins Auge gefasst. In diesem Sinne ist in vorliegendem Fall zu prüfen, ob infolge des streitigen „Abtretungsvertrages" eine Benachteiligung des Klägers in seiner Stellung als Gläubiger des Abtreters J. herbeigeführt worden sei. Nun kann nach Lage der Akten vorab von einer direkten, den Kläger schädigenden Wirkung jenes Vertrages nicht gesprochen werden. Die Vorinstanz hat festgestellt, dass der im Abtretungsvertrage vereinbarte Preis des abgetretenen Heimwesens von Fr. 28,000.— bei der Katasterschatzung der Gebäulichkeiten mit Umschwung von Fr. 26,400.— als angemessen zu betrachten sei. Und diese Feststellung tatsächlicher Natur ist, weil in keiner Weise gegen den Inhalt der Akten verstossend, für den Berufungsrichter verbindlich. In der Tat hat der Kläger für seine Behauptung, dass der wirkliche Wert des Heimwesens jene Beträge bedeutend übersteige, keinerlei Nachweis zu erbringen vermocht.

---

[1]) Revue **26** Nr. 59.

Die Veräusserung seines Heimwesens durch Vater J., gemäss dem Vertrage vom 8. September 1903, hat somit keine Verminderung des Bestandes, sondern lediglich eine Veränderung in der Zusammensetzung seines, für die Befriedigung des Klägers zur Verfügung stehenden Vermögens bewirkt; es ist danach einfach an Stelle der Immobilien nebst „Zugaben“, mit ihrer den Betrag der hypothekarischen Belastung übersteigenden Wertquote, die dieser Wertquote nach dem Gesagten ziffermässig entsprechende, hypothekarisch versicherte Abtretungspreis-Restanzforderung des Vaters J. gegenüber den Beklagten getreten. Auch eine Erschwerung des Vollzugs der Befriedigung des Klägers ist durch diesen Umstand an sich nicht bedingt worden; denn für die Verwertung der nun vorliegenden Hypothekarforderung haften ja dieselben Objekte, auf die der Kläger vorher zu seiner Befriedigung direkt hätte greifen können. Es könnte sich nur fragen, ob der gegenwärtige wirkliche Wert dieser Hypothekarforderung nicht vielleicht deswegen hinter ihrem Nominalwerte zurückstehe, weil sie vertragsgemäss bis zum Tode des Vaters J. unablöslich ist. Diesen Einwand hat jedoch der Kläger selbst nicht erhoben; übrigens wäre ihm entgegenzuhalten, dass jene Forderung mit Rücksicht auf ihre vertragsgemässe Verzinsung zu 4 % bei der gegebenen Sicherheit wohl — trotz dem ungünstigen Resultat ihrer betreibungsrechtlichen Verwertung — als für den gewöhnlichen Geschäftsverkehr vollwertig angesehen werden dürfte. Durch den Abtretungsvertrag vom 8. September 1903 ist aber die Gläubigerstellung des Klägers auch indirekt nicht beeinträchtigt worden. Die tatsächlich eingetretene Schädigung des Klägers hat ihre Ursache in dem ungünstigen Verwertungsergebnis der gepfändeten Hypothekarforderung, welche auf der Steigerung vom 11. Februar 1904 von Notar H. um Fr. 500.— erworben worden ist. Diese Tatsache aber steht mit dem Abtretungsvertrage vom 8. September 1903 an sich in keinem Zusammenhange: sie wurde bei dessen Abschluss ganz unzweifelhaft weder von Vater J., noch von den Beklagten vorausgesehen und entspricht ebenso unzweifelhaft auch gar nicht dem Willen dieser Vertragsparteien, deren Interessen sie ja ebenfalls zuwiderläuft. Veranlasst wurde ihr Eintritt vielmehr ausschliesslich durch den Kläger selbst, dadurch, dass er die Pfändung und die Verwertung der fraglichen Forderung erwirkt hat. Es fehlt somit hier an der in Rede stehenden grundlegenden Voraussetzung der Anfechtungsklage an einer dem Schuldner zur Last fallenden Schädigung des Anfechtungsgläubigers.

II. (5.) Allein auch noch aus einem weiteren Grunde könnte der Anfechtungsanspruch des Klägers nicht gutgeheissen werden. Die Tatsache, dass der Kläger die aus der angefochtenen Rechtshandlung resultierende Forderung seines Schuldners zunächst hat pfänden und verwerten lassen, steht mit seiner nachträglichen Beanstandung der Gültigkeit jener Rechtshandlung in unvereinbarem Widerspruche. Denn mit der fraglichen Verwertung hat er indirekt den seinem Zugriffe unterstellten Wert der vom Schuldner veräusserten Vermögensobjekte bereits in Anspruch genommen, sein heutiges Vorgehen aber zielt darauf ab, sich denselben Wert durch direkte Realisierung dieser Objekte nochmals zu verschaffen. Die Gutheissung der Klage hätte also eine doppelte Befriedigung des Klägers aus einem bestimmten Vermögensbestandteil des Schuldners, durch Ausnutzung desselben in zwei verschiedenen, einander ersetzenden Erscheinungsformen, zur Folge. Dieses Ergebnis aber würde schon gegen den allgemeinen Rechtsgrundsatz der Wahrung von Treu und Glauben im Rechtsverkehre verstossen; denn danach geht es gewiss nicht an, aus einem einheitlichen zweiseitigen Rechtsgeschäft gleichzeitig die Leistungen beider Parteien anzusprechen, wie dies der Kläger tut, indem er nach dem Gesagten aus dem Abtretungsvertrag vom 8. September 1903 tatsächlich den Kaufpreis und zugleich die dafür hingegebenen Objekte zu seiner Befriedigung beansprucht. Es wäre ferner auch vom speziell betreibungsrechtlichen Standpunkte aus unhaltbar, weil ja die vom Kläger verlangte Rückgängigmachung des Vertrages vom 8. September 1903, was die Rückgabe des Kaufpreises als der Gegenleistung für die veräusserten Objekte betrifft, zufolge des eigenen Verhaltens des Klägers (Verwertung der Kaufpreisforderung) nicht mehr möglich wäre. (Entsch. vom 27. März 1909 i. S. Rieser c. Gebr. Joder.)

B. Kantonale Entscheide.

65. *Jugement accordant une indemnité au lésé par un acte illicite. Délai de prescription, un an ou dix ans? Art. 69, 156, 157 CO.*

Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 14 décembre 1908 d. l. c. dame Fornerod c. Fornerod.

Par jugement du Tribunal de police du district d'Avenches, du 28 octobre 1898, Paul Fornerod a été condamné à payer à Jenny Fornerod une indemnité de frs. 500 pour lésion cor-

porelle commise par imprudence. En vertu de ce jugement, J. F. a introduit contre son débiteur P. F., à la date du 28 septembre 1908, la poursuite, à laquelle ce dernier a fait opposition en disant qu'il s'agit du recouvrement d'une créance découlant d'un acte illicite et que l'action en dommages et intérêts des art. 50 et suiv. CO se prescrivant par un an, la créance elle-même se trouverait prescrite dès longtemps. Le président du Tribunal d'Avenches a toutefois accordé à la requérante la mainlevée définitive de l'opposition, le jugement du 28 octobre 1898 ayant comporté novation de l'action en dommages et intérêts, alors qu'actuellement il ne s'agit que de l'exécution de l'obligation imposée par ce jugement et pour laquelle la prescription est de dix ans. Le Tribunal cantonal a écarté le recours de P. F. contre ce jugement.

Motifs: Considérant que la prescription spéciale de l'art. 69 CO vise l'ouverture de l'action en dommages-intérêts, à raison de l'acte illicite, en fixant à une année le délai pendant lequel le lésé peut utilement actionner l'auteur de l'acte, en justice.

Que si le jugement qui statue sur cette réclamation du lésé n'emporte pas novation, en ce sens qu'il n'a qu'un caractère déclaratif de la créance, on doit constater, d'autre part, que la raison d'être de la prescription de l'art. 69 CO a été de permettre, dans un délai que le législateur a voulu rapproché de la date du fait quasi délictueux, la recherche de la vérité par la production de témoignages ou de pièces probantes laissant au juge la conviction de la réalité de l'acte illicite allégué.

Que, par contre, une fois le jugement intervenu sur la prétention du lésé, la prescription de l'art. 69 CO ne peut plus être invoquée, la „ratio legis" ayant cessé d'exister.

Que le jugement ayant gratifié dame J. F. d'une créance contre le débiteur qu'elle poursuit actuellement, elle peut invoquer l'art. 156 CO et soutenir juridiquement qu'un nouveau délai de prescription de dix ans a commencé à courir dès le 28 octobre 1898, date du jugement intervenu, ce prononcé valant, à plus forte raison que l'acte authentique ou sous seing privé, reconnaissance de dette au sens de cette disposition du CO.[1] (Journal des Tribunaux [Droit cant.], LVII p. 199 ss.)

[1]) Ein verdienstliches Urteil, indem es mit Recht gegenüber der irrtümlichen gegenteiligen Ansicht des Bundesgerichts (Erzinger c. Erzinger 23. November 1894, Revue XIII Nr. 15) den Anspruch aus einem Urteil erst in zehn Jahren verjähren lässt. Aber warum liess es den vom Gerichtspräsidenten von Avenches zutreffend geltend gemachten Grund der durch das Gerichtsurteil erfolgten Novation nicht gelten?

66. *Voraussetzungen des Fixgeschäftes. Art. 123 OR.*

Aargau. Urteil des Handelsgerichts vom 3. Dezember 1908 i. S. Huber, Anacker & Cie c. Zürni.

Es ist zu untersuchen, ob mit der Bestimmung „lieferbar Ende Januar" ein Fixgeschäft begründet wurde. Dessen Voraussetzungen bestehen darin, dass nach Vertragsmeinung die Leistung zu der bestimmten Zeit, weder früher noch später, oder bis zu der bestimmten Zeit und nicht später, erfolgen soll in der Auffassung, dass eine spätere Lieferung nicht mehr als Vertragserfüllung anzusehen wäre. Diese Vertragsmeinung aber muss mit aller Deutlichkeit entweder aus den von den Parteien gewählten Worten, wie beispielsweise „spätestens," „präcis," „unfehlbar," oder aus den Verumständungen, beispielsweise der Art des Lieferungsobjektes, sich ergeben. In dem Bestellschein vom 10. Januar 1908 ist keine derartige auf ein Fixgeschäft hinweisende Ausdrucksweise enthalten. Die Worte „lieferbar Ende Januar 1908" lassen den Willen der Parteien nicht erkennen, dass nach Ende Januar 1908 überhaupt der Lieferungsvertrag, sofern er noch nicht ausgeführt wäre, dahinfallen soll, weshalb laut Parteivereinbarung kein Fixgeschäft im Sinne von Art. 123 vorliegt.

Aber auch aus den Verumständungen lässt sich nicht auf das Vorhandensein eines Fixgeschäftes schliessen. Wohl zwar hätten 100 Stück Plakate mit Kalendarium für 1908 geliefert werden sollen, aber die 900 andern ohne solches. Der Hauptsache nach ging also der Inhalt des Lieferungsvertrages nicht auf eine nach der Natur der Sache zwingend zeitlich fix terminierte Leistung, Uebrigens werden notorischer Weise Reklamen mit Kalendarium nicht nur vor Neujahr, wofür überdies am 10. Januar 1908 — dem Zeitpunkt der Bestellung — es bereits zu spät war, sondern auch noch während Monaten nachher verteilt. Darum hat wohl auch der Beklagte die Lieferung auch der Plakate mit Kalendarium nach Neujahr in der Kommissionskopie als zulässig anerkannt.

Lag demnach ein weder aus der Parteivereinbarung noch aus den Umständen als Fixgeschäft erkennbarer Lieferungsvertrag vor, sondern ein sog. Mahngeschäft, so durfte der Beklagte nicht ohne Beachtung des in Art. 122 OR vorgeschriebenen Verfahrens den Vertrag lösen. Dieser besteht vielmehr heute noch, da der Beklagte die gesetzlichen Vorschriften zu dessen Lösung ausser Acht liess, für ihn zu Recht.

(Vierteljahrsschrift für Aargauische Rechtsprechung, Jahrg. IX S. 39 f.)

---

67. *Art. 6 Abs. 3 des Bundesgesetzes betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb, vom 25. Juni 1881. Anwendbarkeit dieses Artikels auf Unfälle, die sich im Gewerbebetrieb einer juristischen Person ereignen?*

Zürich. Urteil der II. Appellationskammer vom 24. März 1908.

In der Kehrichtverbrennungsanstalt der Stadt Zürich verunglückte der dort als Ofenstopfer angestellte Sch., indem ein gefüllter Kehrichtwagenkasten, dessen vordere Ketten sich beim Herablassen auf den Kehrichthaufen aus den Haken lösten, auf ihn fiel und ihn am Rückgrat verletzte. Er klagte gegen die Stadtgemeinde Zürich auf Bezahlung einer Haftpflichtentschädigung von 30,000 Franken und berief sich dafür, dass das Maximum des Art. 6 Abs. 2 FHG nicht zur Anwendung komme, auf das Vorliegen eines strafrechtlichen Verschuldens der Beklagten. Beide Instanzen sprachen dem Kläger Fr. 5,700 zu unter Ablehnung des Standpunktes, dass wegen strafbaren Verschuldens das Maximum von 6,000 Franken nicht Platz greife. Die II. Instanz führte darüber aus, dass von einer Untersuchung der Frage, ob strafrechtliches Verschulden überhaupt vorliege, abgesehen werden könne, weil die Beklagte mit Recht die Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 3 bestritten habe. Denn:

„Nach dieser Bestimmung hat der verletzte Arbeiter dann Anspruch auf Ersatz des vollen Schadens, wenn die Verletzung durch eine strafrechtlich verfolgbare Handlung von Seite des Betriebsunternehmers herbeigeführt worden ist. Die strafrechtlich verfolgbare schuldhafte Handlung als Ursache des Unfalls erzeugt also nicht an sich und schlechthin jenen Anspruch, sondern nur dann, wenn sie dem Betriebsunternehmer zur Last fällt. Darin unterscheidet sich Art. 1 von Art. 6 FHG. In Art. 1 ist hinsichtlich der Entstehung der Haftpflicht das Verschulden des Unternehmers demjenigen des Mandatars, Repräsentanten, Leiters oder Aufsehers gleichgestellt. Art. 6, der sich auf den Umfang der Haftpflicht bezieht, setzt dagegen ein persönliches Verschulden des Betriebsunternehmers voraus. Diese Voraussetzung kann nun nach der Natur der Sache dann nicht eintreten, wenn die industrielle Anstalt nicht von einer physischen Person oder einer Kollektivgesellschaft, sondern von einer juristischen Person betrieben wird. Die Frage der Deliktsfähigkeit der letzteren kann dabei füglich dahingestellt bleiben. Denn wenn sie den Personenverbänden zugeschrieben wird, so können Urheber der deliktischen Handlung doch immer nur die Organe und Vertreter der juristischen Person sein, deren Verschulden dann

der letzteren angerechnet wird. Art. 6 Abs. 3 verlangt aber ein persönliches Verschulden des Betriebsunternehmers (BGE **16** S. 144, **25** S. 531, **26** S. 175). Der Einwand, dass bei dieser Auslegung des Art. 6 FHG der Arbeiter im Dienste eines Personenverbandes schlechter gestellt sei als derjenige im Dienste einer natürlichen Person, würde auch dann nichts gegen ihre Richtigkeit beweisen, wenn er begründet wäre. Tatsächlich aber geht er fehl. Von ungleicher Behandlung könnte nur dann gesprochen werden, wenn unter den nämlichen Voraussetzungen dem Arbeiter an die juristische Person andere Ansprüche zuständen als an den einzelnen Betriebsunternehmer. Dem ist aber nicht so. Der Unterschied besteht vielmehr, wie bereits angedeutet, darin, dass die Voraussetzung, unter welcher das Maximum in Wegfall kommt, bloss in denjenigen Fabriken eintreffen kann, die von physischen Personen betrieben werden. Zu einer ungleichen Behandlung gelangte man aber wohl, wenn man den Ausführungen des Klägers folgen würde. Denn dann würde die juristische Person für das strafbare Verschulden von solchen Drittpersonen in vollem Umfange einzustehen haben, die im Verhältnisse zum Einzelunternehmer gemäss Art. 1 und Art. 6 Abs. 2 nur eine Haftpflicht bis zum Betrage von 6000 Franken begründen. Ob es sich nicht gerechtfertigt hätte, den Wegfall des Maximums für Betriebe von juristischen Personen an andere Voraussetzungen zu knüpfen als für Betriebe von physischen Personen, ist eine Frage für sich, durch welche die Auslegung des geltenden Rechts nicht beeinflusst wird."

(Blätter f. Zürch. Rechtsprechung, VIII S. 69 ff.)

---

68. *Haftpflicht der Eisenbahn für verspätete Ablieferung der Ware. Grobe Fahrlässigkeit. Beweislast und Beweisgegenstand. Internationales Uebereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr, vom 14. Oktober 1890, Art. 41.*

Basel-Stadt. Urteil des Appellationsgerichts vom 18. Mai 1909 i. S. Von Speyr & Cie A.-G. c. Reichseisenbahnen in Elsass-Lothringen.

Mit internationalem Frachtbriefe vom 13. November 1907 übergab das Bank- und Speditionshaus Von Speyr & Cie A.-G. den Reichseisenbahnen in Elsass-Lothringen drei Ballen Rohseide zur Beförderung nach Caudry (Nordfrankreich). Die Ballen mussten auf der Station Busigny umgeladen werden. Dies geschah mit zwei Ballen ordnungsgemäss, der dritte blieb liegen und nahm die Richtung nach Paris. Erst am 8. Dezember konnte er dem Adressaten zur Ablieferung bereit

gehalten werden, dieser verweigerte aber dessen Annahme wegen der grossen Verspätung. Infolgedessen blieb die Ware zunächst im Depot der Bahn und wurde dann am 15. Mai 1908 mit Verlust verkauft. Von Speyr & Cie belangten nun die Reichseisenbahnen in Elsass-Lothringen auf Bezahlung des Preisverlustes von Fr. 1215.35, gestützt auf Art. 41 des internationalen Uebereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr, wonach die Bahn zur Vergütung des vollen Schadens gehalten ist, der infolge ihrer Arglist oder ihrer groben Fahrlässigkeit entstanden ist. Grobe Fahrlässigkeit liege vor, weil auf der nur 70 km langen Strecke der Ballen doch während 23 Tagen nicht aufgefunden worden sei, die Bahn also offenbar sich um das Auffinden nicht bekümmert und so grob fahrlässig die Verspätung verschuldet habe. Die Bahn beantragte Abweisung der Klage, weil aus der Verspätung nicht ohne weiteres die grobe Fahrlässigkeit gefolgert werden könne, vielmehr für diese viel bestimmtere Tatsachen vorliegen müssten. Durch die Grösse und Kompliziertheit des Verkehrs auf dem Güterbahnhofe in Paris werde solche Verspätung entschuldigt. Die beiden Instanzen (von Basel-Stadt) wiesen die Klägerin ab, das Appellationsgericht mit folgender Motivierung:

Das Appellationsgericht kann ein grobes Verschulden der französischen Bahn nicht als nachgewiesen erachten. Die Klägerin, welche in dieser Beziehung unzweifelhaft die Beweislast trifft, leitet das behauptete grobe Verschulden im Grunde einzig und allein aus der Tatsache ab, dass der vermisste Seidenballen während 23 Tagen auf der nur 70 km langen Strecke Jeumont-Caudry nicht habe aufgefunden werden können. Demnach „scheine“ sich die Bahnverwaltung um das Auffinden des Ballens während der ganzen Zeit nicht gekümmert zu haben. Disser Schluss ist unzutreffend. Aus der wenn auch noch so erheblichen Ueberschreitung der Lieferfrist für sich allein geht ein grobes Verschulden der Bahn nicht hervor; denn die Verzögerung der Ablieferung kann sehr wohl in einem Zufalle oder in einer bloss leichten Fahrlässigkeit der Bahnorgane ihre Ursache haben. Für eine Umkehrung der Beweislast aber, wonach die Bahn bei längerer Verzögerung der Ablieferung ihrerseits nachzuweisen hätte, dass sie kein grobes Verschulden treffe, fehlt es im internationalen Eisenbahnfrachtrecht an jeder gesetzlichen Grundlage. Das grobe Verschulden der Bahn in solchen Fällen einfach zu präsumieren, wäre um so weniger gerechtfertigt, als naturgemäss Frachtgüter, wenn sie einmal ihren Be-

stimmungsort verfehlt haben und ohne zugehörigen Frachtbrief weiterfahren, nur mit erheblichem Aufwand an Mühe und Zeit wieder aufzufinden sind.

Damit ist nicht gesagt, dass der die Bahn in Anspruch nehmende Berechtigte — wozu er in der Regel gar nicht in der Lage wäre — genau die einzelnen Handlungen der Bahnorgane namhaft machen müsse, welche ein grobes Verschulden der Bahn involvieren. Wohl aber hat er positive Tatsachen anzuführen, welche auf ein grobes Verschulden der Bahn schliessen lassen; mit dem blossen Hinweis auf die starke Ueberschreitung der reglementarischen Lieferfrist kann er den ihm obliegenden Beweis nicht erbringen.

Von solchen positiven Tatsachen ist nun in casu bloss die eine festgestellt, dass bei der Umladung in Busigny der dritte Seidenballen im Wagen zurückblieb und daher auf falscher Route weiterreiste. Wenn auch in Anbetracht, dass der Frachtbrief 3 Ballen aufführte, das Vergessen des dritten Ballens bei der Umladung als nicht unerhebliche Fahrlässigkeit bezeichnet werden muss, so kann eine grobe Fahrlässigkeit im Sinne von Art. 41 des Internationalen Uebereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr darin doch nicht erblickt werden. Es liegt hier eines jener Versehen vor, wie sie im Eisenbahnfrachtverkehr hin und wieder vorkommen. Das internationale Eisenbahnfrachtrecht geht aber von dem Grundsatze aus, dass bei Lieferfristversäumung die Bahn von einer den Frachtlohn übersteigenden Haftung befreit sein soll, wenn die Fristversäumung bloss auf Versehen und Missgriffen beruht, die für sich allein betrachtet zwar fahrlässig sein mögen, sich aber als eine nicht ganz zu vermeidende Erscheinung eines gesteigerten Eisenbahnfrachtverkehrs darstellen. Nur wo eine wirklich grobe, an bösliche Absicht grenzende Fahrlässigkeit vorliegt, wo Fehler gemacht worden sind, die auch mit dem Hinweis auf das komplizierte Getriebe des Frachtverkehres nicht entschuldigt werden können, soll die unbeschränkte Haftung der Bahn Platz greifen. An dieser Regelung der Bahnhaftung, welche der Natur des Eisenbahnbetriebes angepasst ist, darf um so weniger gerüttelt werden, als dem Versender durch Deklaration seines Interesses an rechtzeitiger Ablieferung die Möglichkeit gegeben ist, gegen eine mässige Erhöhung der Frachtgebühren das Risiko einer verspäteten Ablieferung des Frachtgutes der Bahn zu überbürden. (Direkte Mitteilung.)

I. Alphabetisches Sachregister.

II. Gesetzesregister.

I. Obligationenrecht.

Art. 156, 157	Nr. 65.	Art. 257	Nr. 14.
„ 182	„ 26.	„ 362	„ 14.
„ 184	„ 59.	„ 426	„ 49.
„ 207	„ 49.	„ 679	„ 28.
„ 246	„ 50.	„ 867	„ 52.

II. Bundesgesetz betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit, vom 22. Juni 1881.

Art. 4 Nr. 5.

III. Bundesgesetz betreffend Feststellung und Beurkundung des Zivilstands und die Ehe, vom 24. Dezember 1874.

Art. 43 Nr. 53.
„ 45—47 „ 61.
„ 49 „ 37.

IV. Bundesgesetz über die Verbindlichkeit zu Abtretung von Privatrechten, vom 1. Mai 1850.

Art. 23 Nr. 7.

V. Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst, vom 23. April 1883.

Art. 8 Nr. 15.

VI. Bundesgesetz betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, vom 26. September 1890.

Art. 24 Nr. 41.

VII. Bundesgesetz über das Postregal, vom 5. April 1894.

Art. 1 Nr. 10.

VIII. Bundesgesetz betreffend das Rechnungswesen der Eisenbahnen, vom 27. März 1896.

Art. 9 Nr. 63.

IX. Bundesgesetz betreffend den Transport auf Eisenbahnen und Dampfschiffen, vom 29. März 1893.

Art. 45 Nr. 9.

X. Internationale Uebereinkunft über den Eisenbahnfrachtverkehr, vom 14. Oktober 1890.

Art. 41 Nr. 68.

XI. Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen und der Post, vom 28. März 1905.

Art. 1 ff. Nr. 31. 42.
„ 8, 9 „ 4.
„ 18 „ 42.

XII. Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb, vom 25. Juni 1881.

Art. 6 Nr. 62. 67.
„ 9 „ 8.

XIII. Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen, vom 24. Juni 1902.

Art. 27 Nr. 44. 45.
„ 36 „ 45.
„ 40 „ 44.

XIV. Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893.

Art. 48 Nr. 34.
„ 50 „ 7.
„ 52 „ 34.
„ 54 „ 55.
„ 56 „ 1. 2. 17. 18. 20. 35.
„ 58 „ 18. 35. 37.
Art. 59 Nr. 3. 46. 55.
„ 61 „ 3.
„ 66 „ 19.
„ 70 „ 36.
„ 80 „ 4.
„ 81 „ 5.

XV. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889.

Art. 107 Nr. 46.
„ 199 „ 11.
„ 206 „ 11.
„ 213 „ 11.
„ 265 „ 16.
Art. 285 ff. Nr. 64.
„ 286 „ 12.
„ 288 „ 54.
„ 298 „ 47.
„ 311 „ 30.

XVI. Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich betreffend Gerichtsstandsverhältnisse, vom 15. Juni 1869.

Nr. 53.

III. Kantonale Entscheide nach Kantonen geordnet.

Zürich: Nr. 33 (Art. 107, 122 OR). — Nr. 49 (Art. 207, 426 OR). — Nr. 53 (Art. 43 ZEG). — Nr. 67 (Fabrikhaftpflicht).

Bern: Nr. 14 (Art. 362 OR). — Nr. 48 (Art. 55 OR). — Nr. 50 (Art. 246 OR).

Luzern: Nr. 15 (Urheberrecht). — Nr. 51 (Mietvertrag).

Glarus: Nr. 16 (Art. 265 SchKG).

Basel-Stadt: Nr. 31 (Art. 50, 62 OR. BGes. über Eisenbahnhaftpflicht, Art. 1 ff.). — Nr. 68 (internat. Uebereinkunft über den Eisenbahnfrachtverkehr, Art. 41).

St. Gallen: Nr. 54 (Art. 288 SchKG).

Aargau: Nr. 66 (Art. 123 OR).

Vaud: Nr. 65 (Art. 69, 156, 157 CO).

Genève: Nr. 13 (Art. 72 CO). — Nr. 32 (Art. 62 CO). — Nr. 52 (Art. 867 CO).

